

UNIVERSIDADE DE LISBOA  
FACULDADE DE DIREITO



**DIGNIDADE SOCIAL: DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS FRONTEIRAS  
DA ATIVIDADE PRESTACIONAL DO ESTADO**

VOLUME II

**JÚLIO RODRIGUES COELHO NETO**

DOCTORAMENTO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS

LISBOA - 2014



## SUMÁRIO

### VOLUME I

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	14
-------------------------	----

### **TÍTULO I – DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

<b>I DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A FILOSOFIA</b> .....	24
1 DIGNIDADE INERENTE DA PESSOA HUMANA.....	26
1.1 Dignidade inerente em Kant.....	34
1.2 Dignidade inerente e autonomia.....	39
2. DIGNIDADE SOCIAL DA PESSOA HUMANA.....	41
2.1 Dignidade social em Hegel.....	44
2.2 Dignidade social e heteronomia.....	52
2.3 Dignidade social e reconhecimento.....	56
2.4 Dignidade social e bem-estar material.....	61
<b>II DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO</b> .....	65
1 DIMENSÃO AXIOLÓGICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	67
2 DIMENSÃO NORMATIVA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	71
3 CONTEÚDO NORMATIVO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	78
3.1 Dignidade da Pessoa Humana como conceito jurídico indeterminado.....	79
3.2 Hermenêutica da Dignidade da Pessoa Humana.....	82
4 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	90

### **TÍTULO II – RELAÇÃO JURÍDICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS**

<b>I A RELAÇÃO ENTRE O PARTICULAR E O ESTADO</b> .....	99
1 TEORIA DOS “STATUS”.....	101
2 A RELAÇÃO JURÍDICA.....	105
2.1 A estrutura da relação jurídica.....	107
2.2 A relação jurídica de direito público.....	111
<b>II DIREITO SUBJETIVO</b> .....	115

1 CONCEITO INSTRUMENTAL DE DIREITO SUBJETIVO.....	118
2 OS DIREITOS PÚBLICOS SUBJETIVOS.....	121
<b>III A FUNDAMENTALIDADE DE DIREITOS.....</b>	<b>127</b>
1 FUNDAMENTALIDADE FORMAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	130
2 FUNDAMENTALIDADE MATERIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	133
2.1 Dignidade da pessoa humana como fonte histórica dos direitos fundamentais.....	136
2.2 Dignidade da pessoa humana como fonte de dedução de direitos fundamentais.....	139
2.3 Dignidade da pessoa humana como fonte fundacional dos direitos fundamentais.....	142
<b>IV PERSPECTIVA SUBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>147</b>
1 DIREITOS FUNDAMENTAIS SUBJETIVOS EM SENTIDO AMPLO.....	147
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS SUBJETIVOS EM SENTIDO ESTRITO.....	151
<b>V PERSPECTIVA OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>154</b>
1 DIREITOS FUNDAMENTAIS OBJETIVOS E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	156
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS OBJETIVOS COMO SISTEMA DE VALORES.....	159
3 DIREITOS FUNDAMENTAIS OBJETIVOS E DEVERES DO ESTADO.....	162

### **TÍTULO III - DIREITOS FUNDAMENTAIS PRESTACIONAIS**

<b>I DIREITOS FUNDAMENTAIS E ATIVIDADE PRESTACIONAL DO ESTADO.....</b>	<b>170</b>
1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E ESTADO LIBERAL.....	173
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E ESTADO SOCIAL.....	176
3 DIREITOS FUNDAMENTAIS E ESTADO NEOLIBERAL.....	185
4 DIREITOS FUNDAMENTAIS E ESTADO CONTEMPORÂNEO.....	190
<b>II CLASSIFICAÇÃO DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>198</b>
1 DIREITOS “DE LIBERDADE” VS. DIREITOS “SOCIAIS”.....	200
2 CLASSIFICAÇÃO FUNCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	206
3 DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO UM TODO.....	210
<b>III DIREITOS FUNDAMENTAIS PRESTACIONAIS.....</b>	<b>217</b>
1 FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS PRESTACIONAIS.....	220
2 SUBJETIVAÇÃO DE DIREITOS PRESTACIONAIS.....	225

### **TÍTULO IV - LIMITES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PRESTACIONAIS**

<b>I LIMITES IMANENTES E PONDERAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PRESTACIONAIS.....</b>	<b>237</b>
1 TEORIA INTERNA E LIMITES IMANENTES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	239
2 TEORIA EXTERNA E PONDERAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	243
3 OS LIMITES DOS DIREITOS PRESTACIONAIS.....	246
<b>II DIREITOS PRESTACIONAIS E ESCASSEZ.....</b>	<b>256</b>
1 OS CUSTOS FINANCEIROS DOS DIREITOS PRESTACIONAIS.....	258
2 DIREITOS PRESTACIONAIS, ESCASSEZ E ESCOLHAS.....	263
3 A “RESERVA DO POSSÍVEL” .....	267
<b>III ECONOMIA E LIMITES DOS DIREITOS PRESTACIONAIS.....</b>	<b>273</b>
1 ANÁLISE ECONÔMICA DOS DIREITOS PRESTACIONAIS.....	276
2 A EFICIÊNCIA DA ATIVIDADE PRESTACIONAL.....	278
2.1 Critérios de mensuração de eficiência econômica.....	282
2.2 A eficiência econômica como limite da atividade prestacional.....	284

## VOLUME II

### **TÍTULO V – DEONTOLOGIA DA ATIVIDADE PRESTACIONAL DO ESTADO**

<b>I ATIVIDADE PRESTACIONAL E JUSTIÇA.....</b>	<b>297</b>
1 A EFICIÊNCIA ECONÔMICA E A JUSTIÇA.....	298
2 JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E ATIVIDADE PRESTACIONAL.....	303
2.1 Justiça distributiva e maximização do bem-estar.....	305
2.2 Justiça distributiva, valor e direitos fundamentais.....	312
<b>II DIGNIDADE COMO PARÂMETRO DEONTOLÓGICO DA ATIVIDADE PRESTACIONAL.....</b>	<b>316</b>
1 DIGNIDADE E CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS PRESTACIONAIS.....	318
2 DIGNIDADE E “MÍNIMO PARA EXISTÊNCIA” .....	321
3 DIGNIDADE COMO PADRÃO DE PONDERAÇÃO DE DIREITOS PRESTACIONAIS .....	325
<b>III ATIVIDADE PRESTACIONAL, INDIVÍDUO E PESSOA HUMANA.....</b>	<b>330</b>
1 DIREITOS PRESTACIONAIS COMO “TRUNFOS” INDIVIDUAIS.....	333
2 ATIVIDADE PRESTACIONAL COMO “JOGO COOPERATIVO” .....	338
3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO CONTEXTO COLETIVO.....	345

## **TÍTULO VI - DIGNIDADE SOCIAL E ATIVIDADE PRESTACIONAL DO ESTADO**

<b>I ATIVIDADE PRESTACIONAL E COMUNIDADE.....</b>	<b>350</b>
1 ATIVIDADE PRESTACIONAL E ESCOLHA SOCIAL.....	353
2 DIGNIDADE SOCIAL COMO VALOR COMUNITÁRIO.....	356
<b>II DIGNIDADE SOCIAL E IGUALDADE.....</b>	<b>364</b>
1 O PROBLEMA DA DESIGUALDADE.....	365
2 A IGUALDADE COMO ELEMENTO DA DIGNIDADE SOCIAL.....	369
3 A IGUALDADE COMO PARÂMETRO DE JUSTIÇA DISTRIBUTIVA.....	375
3.1 Concepções de igualdade distributiva.....	378
3.2 Igualdade de oportunidades.....	382
3.3 Metas de igualdade distributiva.....	385
<b>III DIGNIDADE SOCIAL E LIBERDADE.....</b>	<b>390</b>
1 A LIBERDADE COMO ELEMENTO DA DIGNIDADE SOCIAL.....	393
2 LIBERDADE, DIGNIDADE E HETERONOMIA.....	396
3 A LIBERDADE COMO PARÂMETRO DE JUSTIÇA DISTRIBUTIVA.....	402
<b>IV DIGNIDADE SOCIAL E JUSTIÇA DISTRIBUTIVA.....</b>	<b>409</b>
1 DEVERES FUNDAMENTAIS E SOLIDARIEDADE.....	412
2 DIGNIDADE E AUTO-RESPONSABILIDADE.....	418
3 ATIVIDADE PRESTACIONAL E PATERNALISMO.....	421

## **TÍTULO VII - ATIVIDADE PRESTACIONAL NA VISÃO DOS TRIBUNAIS**

<b>I A INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL DOS DIREITOS PRESTACIONAIS.....</b>	<b>430</b>
1 SUBJETIVAÇÃO DE DIREITOS PRESTACIONAIS E JUDICIABILIDADE.....	431
2 O ESTUDO DE CASO NA PERSPECTIVA COMPARADA.....	435
<b>II A ATIVIDADE PRESTACIONAL NO PANORAMA JURISPRUDENCIAL COMPARADO.....</b>	<b>444</b>
1 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.....	447
2 ALEMANHA.....	459
3 PORTUGAL.....	474

4 BRASIL.....	488
5 O PODER JUDICIÁRIO E A ATIVIDADE PRESTACIONAL DO ESTADO.....	505
<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>527</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>564</b>

## **TÍTULO V**

### **DEONTOLOGIA DA ATIVIDADE PRESTACIONAL DO ESTADO**



## I ATIVIDADE PRESTACIONAL E JUSTIÇA

Em 1991, Lawrence Summers, então economista-chefe do Banco Mundial, elaborou o que ficou conhecido como “Memorando de Summers”. Nesse documento, posteriormente vazado para a imprensa, defendia a exportação de indústrias altamente poluentes para países menos desenvolvidos como parâmetro de eficiência econômica. De acordo com Summers, os custos da poluição seriam mais baixos em países de menor renda individual, pois a expectativa de vida desses países já seria menor. Além disso, o aumento inicial de poluição em países pouco poluídos da África teria baixo custo e a demanda por um ambiente saudável seria cabível apenas em países de alta expectativa de vida, no qual as pessoas pudessem vir a sentir os efeitos da poluição em sua saúde.

Diante disso, o ambiente saudável deveria ser considerado um luxo, mais importante para os habitantes de países desenvolvidos – que já atingiram um alto nível social – do que para as pessoas que vivem em condições de pobreza e que estariam em condições de aceitar os recursos financeiros trazidos pelas indústrias em troca de mais poluição.<sup>1</sup> Embora se tenha dito que tal memorando teria sido elaborado de forma irônica e sem pretensões de aplicação concreta<sup>2</sup>, o interesse no exemplo deriva do fato de que a solução ali proposta poderia, em tese, promover a eficiência dentro de uma lógica estritamente econômica, mas traria graves questionamentos no campo axiológico.<sup>3</sup>

Quando da abordagem dos limites da atividade prestacional do Estado, consignou-se que, não obstante sua natureza fundamental, os direitos prestacionais encontram limites fáticos na inerente disparidade entre os enormes e legítimos anseios sociais e os recursos materiais e financeiros que o Estado dispõe para sua efetivação. Destacou-se ainda a importância essencial de consideração dos custos e da eficiência econômica como fatores do juízo de ponderação que deve preceder as escolhas alocativas que definem da atividade prestacional.

Os economistas, todavia, geralmente delimitam seu campo de estudo à explicação do comportamento individual no mercado, sem avaliar se determinada escolha ou preferência é valorosa, admirável ou mesmo apropriada para as circunstâncias. Como bem destaca Michael

---

<sup>1</sup> Para o teor integral do memorando de Summers, cf. ENWEGBARA, Basil. **Toxic colonialism**. Disponível em: <http://tech.mit.edu/V121/N16/col16guest.16c.html>

<sup>2</sup> Toxic Memo. **Harvard Magazine**, maio/jun, 2001. Disponível em: <http://harvardmagazine.com/2001/05/toxic-memo.html>

<sup>3</sup> Para maiores discussões do exemplo, cf. HAUSMAN, Daniel M.; MCPHERSON, Michael S. **Economic analysis, moral philosophy and public policy**, p. 12-23.

Sandel, os economistas defendem que “seu trabalho é explicar o comportamento das pessoas, não julgá-lo(...). Dizer quais normas devem reger essa ou aquela atividade ou como devemos valorar esse ou aquele bem, eles insistem, não seria sua função”.<sup>4</sup>

Nessa postura – que poderia servir como justificativa para as considerações de Summers – a Análise Econômica do Direito acabaria centrar-se exclusivamente no já aludido critério de eficiência econômica<sup>5</sup>. Mesmo pela perspectiva normativa, noções de justo ou injusto estariam fora do contexto dos juristas em razão de sua subjetividade<sup>6</sup>, razão pela qual assenta Cento Veljanovski que “o que realmente separa juristas e economistas é a justiça”.<sup>7</sup>

## 1 EFICIÊNCIA ECONÔMICA E JUSTIÇA

Há evidentes incompatibilidades entre a adoção da eficiência econômica como elemento primaz da atividade prestacional e questões ligadas à justiça, uma vez que, sob um prisma puramente econômico e eficientista, não se tem como avaliar em sua completude o problema da efetivação dos direitos fundamentais prestacionais. Essa insuficiência é observada a partir dos problemas axiológicos decorrentes da aplicação dos explanados critérios teóricos de mensuração da eficiência.

No caso do critério de Pareto, tem-se que qualquer alteração em uma situação de “ótimo de Pareto” depende, em tese, de consentimento unânime, o que, como consignado anteriormente, traz graves dificuldades para sua aplicação concreta. Uma das formas de se contornar essa dificuldade prática seria admitir que os agentes públicos encarregados de elaboração de políticas prestacionais inferissem a existência de consentimento, a partir da noção de que alguém que não é prejudicado financeiramente por determinada política pública não teria razão alguma para não consentir com a medida.<sup>8</sup> Todavia, muitos outros fatores para além dos financeiros podem servir de base para uma escolha racional de negar

---

<sup>4</sup> SANDEL, Michael J. **What money can't buy**, cap. 2.

<sup>5</sup> MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism**. Princeton: Princeton University Press, 2006, p.13

<sup>6</sup> GICO JUNIOR, Ivo T. Metodologia e epistemologia da análise econômica do Direito, p. 28.

<sup>7</sup> VELJANOVSKI, Cento. **The economics of law**. 2. ed. London: The Institute of Economic Affairs, 2006, p. 61

<sup>8</sup> WHITE, Mark D. Social Law and Economics and the quest for dignity and rights. In: DAVIS, John B.; DOLFSMA, Wilfred (ed.) **The Elgar companion to social economics**. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2008, p. 575.

consentimento à alteração, de modo que não se prescinde de avaliação dos elementos axiológicos envolvidos.

Outro problema do critério guarda relação com o fato de que um equilíbrio geral de mercado segundo Pareto não traduz necessariamente uma sociedade justa do ponto de vista de distribuição. Em um cenário limite, uma sociedade em que milhões morrem de fome e que algumas centenas detêm enorme riqueza poderia ser considerada em situação de “ótimo de Pareto”, desde que não haja qualquer medida passível de melhorar a situação dos famintos sem trazer prejuízos aos ricos.<sup>9</sup>

Ainda que se admitisse teoricamente uma dotação inicial de recursos ideal para que então houvesse as trocas de mercado – desconsiderando os obstáculos práticos dessa redistribuição inicial - as dificuldades persistiriam, uma vez que a inserção de determinado bem no mercado – como sexo, órgãos ou crianças – encontram limites morais que podem levar a um resultado diferente do “ótimo de Pareto”.<sup>10</sup> Assim, são evidentes as limitações do critério de Pareto em face de problemas axiológicos.

O mesmo se pode afirmar do critério de Kaldor-Hicks, pelo qual a eficiência de mercado é viável mesmo em casos de perdas individuais, a partir de uma possibilidade compensação dos ganhadores sobre os perdedores que serviria como teste objetivo de eficiência. Como visto, contudo, essa compensação, além de ter natureza estritamente financeira, é também hipotética, razão pela qual sua efetiva realização seria um problema político e não condicionaria a eficiência de uma medida que levasse ao equilíbrio de mercado.<sup>11</sup> Desse modo, uma compensação hipotética traz benefícios também somente hipotéticos para aqueles prejudicados pela alteração de política prestacional. Implica ainda uma significativa diminuição ou mesmo anulação da necessidade de efetivo consentimento, com graves consequências para a autonomia e liberdade individuais na medida em que direitos podem ser ignorados caso determinada medida aumente a eficiência econômica.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> SEN, Amartya. Resources, values and development. *Apud* MATHIS, Klaus. **Efficiency instead of justice?**:p. 36. Nota-se, a partir daí, que o critério de Pareto é essencialmente conservador e favorece o status quo, na medida em que dá ao indivíduo um “poder ilimitado de veto contra mudanças que possam ser percebidas como prejudiciais à satisfação de suas necessidades”. *Idem*, loc. Cit .

<sup>10</sup> HAUSMAN, Daniel M.; MCPHERSON, Michael S. **Economic analysis, moral philosophy and public policy**, p. 66.

<sup>11</sup> KALDOR, Nicholas. Welfare propositions of economic and interpersonal comparisons of utility, p. 550, *apud* MATHIS, Klaus. **Efficiency instead of justice?**p. 45

<sup>12</sup> Segundo Mark D. White, “idealmente, os formuladores de políticas públicas devem ouvir seu eleitores, explicar os benefícios e os custos de uma proposta e discutir as implicações com eles. Somente se isso é feito, e o consentimento é dado livremente, é garantido o respeito às pessoas afetadas pela mudança”. WHITE, Mark D. Social Law and Economics and the quest for dignity and right, p. 577 .

Além disso, a mensuração do montante dessa compensação hipotética é feita a partir de quanto o indivíduo está disposto a pagar para garantir determinado benefício para si, dentro de uma lógica de leilão, em que determinado direito é alocado para quem estiver disposto a pagar mais por ele.<sup>13</sup> Evidentemente, a disponibilidade de pagamento é inseparável da capacidade de pagamento, de modo que pessoas com menos recursos financeiros serão sempre prejudicadas nas escolhas alocativas em razão da maior capacidade dos ricos de empenhar recursos no apoio de suas preferências. Corolário disso seria uma crescente concentração de renda e uma também crescente desconsideração dos mais pobres nas discussões das políticas públicas.

Destarte, por mais que se propugne que as discussões de eficiência devem ser neutras e se defenda a adoção dos critérios de Pareto ou de Kaldor-Hicks como únicos parâmetros de avaliação, as considerações axiológicas das escolhas alocativas são absolutamente inevitáveis em face de valores intrínsecos ao debate.

Ora, no campo prestacional, a (in)atividade estatal é usualmente justificada com base em argumentos valorativos, baseados no que é bom ou justo de buscar como objetivo das políticas públicas dentro dos limites orçamentários.<sup>14</sup> Logo, são critérios de justiça que fundamentam, ao menos politicamente, a escolhas dentro do contexto de escassez.<sup>15</sup> Da mesma forma, em se tratando de direitos fundamentais, não se pode fugir, como dito anteriormente, do substrato axiológico inerente às normas principiológicas que os consagram.

Ademais disso, vale considerar que “a sociedade civil não se resume ao mercado, há princípios que não atendem à lógica econômica e que também compõem a chamada ‘ordem jurídica do mercado’”.<sup>16</sup> De fato, não se faz possível a monetarização de todos os fatores

---

<sup>13</sup> POSNER, Richard. **Economics analysis of law**. 7. ed. Aspen Publishers, 2007, p. 10-11.

<sup>14</sup> Segundo Gustavo Amaral, “as finanças públicas são uma ciência ética porque nos forçam a levar em conta, de modo público, os sacrifícios que nós, como comunidade, decidimos fazer, a explicar o que pretendemos abrir mão em favor de objetivos mais importantes”. AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**, p. 79.

<sup>15</sup> É interessante consignar, nesse sentido, o pensamento de Fernando Araújo: “A escassez é igualmente condicionante de conflitos de fundo, como aquele que se regista entre os valores da eficiência e da justiça: é que a prioridade da eficiência significa que o emprego de meios é avaliado em termos de maximização, ou seja, de capacidade de obter o maior rendimento possível a partir de um determinado conjunto de meios (genericamente, eficiência é a afectação de recursos aos seus empregos com o maior valor relativo); e essa prioridade implica orientações políticas muito diversas daquelas que seriam ditadas por uma primazia conferida à justiça, na qual o que conta é primordialmente a forma como o rendimento é repartido, a forma como a igualdade é verificada nas comparações intersubjectivas de resultados distributivos, independentemente da dimensão total daquele rendimento cuja maximização é missão da eficiência.” ARAÚJO, Fernando. **Introdução à economia**, p. 23.

<sup>16</sup> FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito: paranóia ou mistificação? **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, nº 77, mai./jun. de 2006, p. 59.

envolvidos no debate, e uma análise de eficiência econômica acaba por se basear em referências de custo-benefício por vezes aleatórias, que vulnera a significância da avaliação.<sup>17</sup>

Nos termos do que observa Michael Sandel, a extensão da lógica mercadológica às esferas não puramente econômicas implica necessariamente o enfrentamento de dilemas de justiça e moral.<sup>18</sup> Convém assinalar que o próprio Richard Posner, original defensor da maximização da riqueza como preceito único das escolhas alocativas, passou posteriormente a admitir seu papel limitado e concorrente como critérios referenciáveis à justiça.<sup>19</sup>

Perceba-se ainda que, na verdade, os próprios conceitos de eficiência econômica e equilíbrio de mercado não são despidos de carga axiológica. A própria noção de racionalidade de escolhas, embora não seja em si um valor moral, pressupõe a idéia de que ser racional é algo prudente, traduzindo, portanto, julgamento de valor; da mesma maneira ocorre ao se afirmar que a irracionalidade e a ineficiência são condenáveis.<sup>20</sup>

Ressalte-se que tais críticas não contradizem a defesa da eficiência como elemento de consideração na fixação dos limites da atividade prestacional e nem implicam a conclusão de que a preocupação com a eficiência é injustificada.

Nesse sentido, cumpre frisar, de início, a ligação entre ineficiência e injustiça. Nos termos do que já foi mencionado, parece ser claro que uma situação ineficiente segundo o critério de Pareto – traduzida na não melhoria de uma situação individual mesmo que tal melhoria não trouxesse piora para ninguém – implica em flagrante injustiça.<sup>21</sup> É aparente também que, qualquer que seja a política prestacional adotada, não se pode ter como justo o

---

<sup>17</sup> MATHIS, Klaus. **Efficiency instead of justice?**, p. 205

<sup>18</sup> SANDEL, Michael J. **What money can't buy**, cap. 2.

<sup>19</sup> A alteração do posicionamento de Posner se deu em sua obra "The problems of jurisprudence". Cf. POSNER, Richard. **The problems of jurisprudence**. Cambridge: Harvard University Press, 1993. Sobre a mudança de orientação de Posner, pondera Bruno Salama: "O Posner pragmático, portanto, reconheceu que, por mais que se tente justificar a defesa das liberdades individuais com base em critérios de eficiência (por exemplo, sustentando que no longo prazo o Estado Democrático de Direito promove o desenvolvimento econômico e as liberdades individuais), haverá casos em que a repulsa ao trabalho escravo, à exploração de menores, à tortura, às discriminações raciais, religiosas ou sexuais, etc. terá que ser feitas em bases outras que não a eficiência." SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é "Direito e Economia"? In TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito & Economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 33.

<sup>20</sup> No mesmo sentido, pondera Klaus Mathis: "Em uma análise mais próxima, o critério de Pareto e o princípio de eficiência de Kaldor-Hicks não são conceitos livres de valores. (..) Longe de tornar supérflua a análise de questões normativas, a demanda por eficiência tem o efeito oposto: traz para foco a necessidade de escrutínio próximo da relação entre eficiência e justiça." MATHIS, Klaus. **Efficiency instead of justice?**, p. 49.

<sup>21</sup> GICO JUNIOR, Ivo T. Metodologia e epistemologia da análise econômica do Direito, p. 23.

desperdício de recursos.<sup>22</sup> A justiça depende não somente de respeito e promoção de valores éticos e morais, mas também da maximização dos resultados dos atos voltados a esse fim. Assim, “em um mundo de escassez, é ‘imoral’ desperdiçar recursos, e o Direito deve, portanto, ser estruturado para minimizar esse desperdício.”<sup>23</sup>

Igualmente, se a ineficiência econômica acarreta recessão e redução da riqueza, haverá evidentes repercussões no campo da justiça da atividade prestacional. Afinal de contas, os recursos disponíveis para que o Estado desempenhe suas funções prestacionais dependem de seu orçamento, o qual, por sua vez, depende essencialmente das receitas tributárias obtidas junto à sociedade.<sup>24</sup> Logo, a promoção atividades materiais voltadas à consecução da dignidade humana como educação, saúde, moradia e assistência social são ligadas, ainda que indiretamente, à eficiência econômica.

Por outro lado, a eficiência também depende da justiça. Um ambiente de injustiça e desconfiança traz inegáveis efeitos negativos ao comportamento individual, alterando substancialmente os fatores de avaliação de custo-benefício em prejuízo da eficiência das relações econômicas.<sup>25</sup> Logo, “se a injustiça diminui a produtividade e disposição de trabalho e mina a legitimidade do sistema social, então é provado que a justiça é um pré-requisito básico da eficiência”.<sup>26</sup>

Diante de tais argumentos, demonstra-se não ser factível, do ponto de vista pragmático, uma avaliação normativa axiologicamente neutra da atividade prestacional do Estado, concernente unicamente à eficiência econômica de uma particular política pública.<sup>27</sup> Não obstante a já realizada defesa da utilização de elementos econômicos na discussão de direitos prestacionais, não se pode pretender subordinar o ordenamento jurídico e as decisões judiciais a uma ótica exclusivamente econômica, sob pena de ignorar a complexidade do

---

<sup>22</sup> Fernando Araújo indica com acerto que a justiça na ineficiência deixa de ser justa: “a distribuição *justa* de um resultado *ineficiente* pode ser uma situação que não satisfaz ninguém, tomando-se pois, num outro sentido, igualmente *injusta* (a repartição igualitária da miséria gerada pela indolência igualitarista, tanto como a sentença justa mas tardia de um tribunal indolente)”. ARAÚJO, Fernando. **Introdução à economia**, p. 23 (itálicos no original).

<sup>23</sup> MICELI, Thomas J. **Economic approach to Law**. Stanford: Stanford University Press, 2004, p. 3.

<sup>24</sup> MATHIS, Klaus. **Efficiency instead of justice?** p. 203

<sup>25</sup> FUKUYAMA, Francis. **Trust: The social virtues and the creation of prosperity**. New York: Free Press, 1995.

<sup>26</sup> MATHIS, Klaus. **Efficiency instead of justice?** p. 204

<sup>27</sup> Nos termos do que destaca Kiyoshi Harada “ao contrário do que ocorre no setor privado, onde os objetivos são adequados aos recursos econômico-financeiros existentes, no setor público, primeiramente, elegem-se as prioridades da ação governamental para, depois, estudar os meios de obtenção de recursos financeiros necessários ao atingimento das metas politicamente estabelecidas”. HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e tributário**. 17. ed. São paulo: Atlas, 2008, p. 22.

Direito por meio de uma “abordagem teórica monocausal” que “atinge as multifuncionalidades do sistema jurídico e o despe de funções essenciais”.<sup>28</sup>

Da mesma forma, não se pode pretender que a Análise Econômica do Direito sirva para trazer respostas definitivas para todos os dilemas normativos.<sup>29</sup> Na verdade, o que se pretende é um diálogo de influência mútua entre a ciência econômica e a ciência jurídica, uma vez que, consoante Eros Grau, “o Direito é produzido pela estrutura econômica, mas, também, interagindo em relação a ela, nela produz alterações. A Economia condiciona o Direito, mas o Direito condiciona a Economia.”<sup>30</sup>

Reflexões axiológicas mostram-se, então, absolutamente imprescindíveis para traçar os parâmetros da atividade prestacional do Estado<sup>31</sup>. Repita-se, porém, que a relação entre eficiência e justiça não é de *tradeoff* e sim de cooperação: a atividade prestacional deve orientar-se para a realização de escolhas alocativas racionais e eficientes, escolhas essas, todavia, que se devem pautar por preocupações axiológicas.

## 2 JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E ATIVIDADE PRESTACIONAL

Afirmada a impossibilidade de se fixar o alcance da atividade prestacional pelo critério puramente econômico e a conseqüente imprescindibilidade da discussão axiológica, conclui-se que a fixação dos modelos alocativos das prestações estatais - e, conseqüentemente, das fronteiras da atividade prestacional do Estado - perpassa pela necessidade de consideração de critérios de justiça

Embora não seja cabível no presente contexto uma digressão sobre teoria geral da justiça, cumpre apenas lembrar que Aristóteles, ao definir a justiça como “virtude que nos leva (...) a desejar o que é justo” em relação a outrem, a subdivide em três espécies. Segundo o filósofo, o ato justo pode ser aquele que se exerce em conformidade com a lei – que corresponde uma noção de “justiça geral” – ou aquele que se exerce a partir da idéia de

---

<sup>28</sup> FEZER, Karl-Heinz *apud* MATHIS, Klaus. **Efficiency instead of justice?** p. 2.

<sup>29</sup> Essa presunção é classificada pelo próprio Guido Calabresi como “ridícula”. CALABRESI, Guido. Thoughts on future of Economics *apud* SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”? In TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito & Economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

<sup>30</sup> GRAU, Eros. **Direito posto e pressuposto**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 59.

<sup>31</sup> Consoante Hausman e McPherson, a inclusão de um componente ético nos argumentos utilizados por economistas em discussões importantes não é caso de surpresa ou pesar, pois “na medida em que os economistas lidam com assuntos com conseqüências sociais, entrelaçamentos entre fatos e valores são inevitáveis e apropriados”. HAUSMAN, Daniel M.; MCPHERSON, Michael S. **Economic analysis, moral philosophy and public policy**, p. 41.

igualdade, a qual corresponde a *justiça corretiva* ou *comutativa* – que visa a restabelecer o equilíbrio das relações privadas em casos de danos – e a “justiça distributiva”, a qual “que se exerce nas distribuições de honras, dinheiro e de tudo aquilo que pode ser repartido entre os membros do regime (*politeia*).”<sup>32</sup> Tomás de Aquino, por sua vez, fixa a justiça distributiva como àquela que “reparte proporcionalmente o que é comum”, considerando “as condições pessoais que constituem a causa (...) do débito”.<sup>33</sup>

A justiça distributiva tem como objetivo justamente traçar os parâmetros axiológicos que devem guiar a distribuição justa de benefícios e ônus, direitos e deveres entre os membros de uma sociedade, dentro de uma moldura política, jurídica e econômica dinâmica e cooperativa.<sup>34</sup> Portanto, uma análise normativa da atividade prestacional, sempre referente ao debate acerca do custeio e da alocação de prestações estatais, enquadrada-se justamente no âmbito da justiça distributiva<sup>35</sup>, na qual se deve buscar o elemento valorativo orientador da ponderação das escolhas alocativas.

Ocorre que concepção de justiça distributiva é múltipla, à luz das também múltiplas impressões que se pode ter de critérios de bem-estar ou interesse geral dentro de sociedades cada vez mais pluraristas e multiculturais. Nos termos do que destaca John Finnis, se já se apresentam diversos aspectos de bem-estar possíveis de consideração no campo das escolhas da vida individual, as “complexidades da colaboração, coordenação e restrições mútuas envolvidas na busca do bem comum” na vida social implicam escolhas entre “instituições, políticas, programas, leis e decisões” que são todas “racionalmente elegíveis, mas concorrentes” entre si.<sup>36</sup>

Há, por certo, diversos enfoques possíveis para se estabelecer o que seria justiça distributiva, seja do ponto de vista dos fatores tidos como relevantes esse fim (como renda, utilidade, emprego, dignidade, etc.), seja de quem faria jus a essa distribuição (indivíduos, grupos, determinadas classes, etc.), e ainda em que bases essa distribuição deve ser feita

---

<sup>32</sup> ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2004., V. 1, 1129a/ V, 2, 1130b.

<sup>33</sup> AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. V. II. São Paulo: Loyola, 2001, q. 61/63, art.1. Tomás de Aquino defende a aplicação da justiça distributiva não somente no âmbito da comunidade política, mas também nos demais contextos sociais. Nesses termos, a condição de saber de um candidato deve ser parâmetro para a distribuição de um cargo professor e a condição de parente para a distribuição de bens de uma herança. Ibidem, loc. Cit.

<sup>34</sup> LAMON, Julian; FAVOR, Christi. Distributive justice. In ZALTA, Edward N. (ed). **The Stanford encyclopedia of philosophy**. Disponível em: <http://plato.stanford.edu>.; BEAUCHAMP, Tom L., CHILDRESS, James F. **Principles of biomedical ethics**. 4. ed. New York: Oxford University, 1994, p. 327.

<sup>35</sup> MATHIS, Klaus, **Efficiency instead of justice?** P. 185

<sup>36</sup> FINNIS, John. **Natural law and natural rights**. 2. Ed. New York: Oxford University Press, 2011, p. 210.



(maximização de utilidade, direitos, compensações, mérito individual, liberdade, etc.).<sup>37</sup> Nota-se, então, que a idéia de justiça distributiva “não é somente sobre a maneira certa de distribuir coisas. É também sobre a maneira certa de valorar as coisas”.<sup>38</sup>

## 2.1 Justiça distributiva e maximização do bem-estar

Dentro da já defendida impossibilidade de se utilizar a eficiência econômica e a maximização da riqueza como único fator de orientação das escolhas alocativas e de fixação das balizas da atividade prestacional, muitos autores que tratam do tema sob a perspectiva econômica admitem critérios de justiça como relevantes, mas adotam como elemento de justiça distributiva noções de maximização de bem-estar social à luz de exame da relação custo/benefício de determinada escolha alocativa.

Richard Posner, por exemplo, já admitindo nova orientação de que a maximização da eficiência econômica e da riqueza, embora importante, não é suficiente para estabelecer critérios de distribuição dessa riqueza<sup>39</sup>, estabelece que a priorização da justiça distributiva deve ser um objetivo a ser perseguido, ao menos no campo do direito público.<sup>40</sup> Nesses termos, a avaliação da justiça de uma opção por uma política pública prestacional deve ser realizada à luz das conseqüências dessa opção sobre o aumento ou diminuição do bem-estar coletivo.

Todavia, uma completa percepção de uma visão atual de maximização de bem-estar é feita por Louis Kaplow e Steven Shavell. Em sua obra “Fairness versus Welfare”, os autores também rejeitam a idéia que a “maximização do valor total em dinheiro, ou a disponibilidade

---

<sup>37</sup> Em obra clássica, William K. Frankena anota o seguinte: “Quais são os critérios ou princípios de justiça? Estamos falando de justiça distributiva, justiça na distribuição do bem e do mal (..) A justiça distributiva é uma questão de tratamento comparativo de indivíduos. Teríamos o padrão de injustiça, se ele existe, num caso em que havendo dois indivíduos semelhantes, em condições semelhantes, o tratamento dado a um fosse pior ou melhor do que o dado ao outro (..) O problema por solucionar é saber quais as regras de distribuição ou de tratamento comparativo em que devemos apoiar nosso agir. Numerosos critérios foram propostos, tais como: a) a justiça considera, nas pessoas, as virtudes ou méritos; b) a justiça trata os seres humanos como iguais, no sentido de distribuir igualmente entre eles, o bem e o mal, exceto, talvez, nos casos de punição; c) trata as pessoas de acordo com suas necessidades, suas capacidades ou tomando em consideração tanto umas quanto outras”. FRANKENA, William. K. **Ética**. Rio de Janeiro: Zahar, 1981, p. 61-62.

<sup>38</sup> SANDEL, Michael J. **Justice**, cap. 10.

<sup>39</sup> Segundo Posner, “pode ser impossível estabelecer fundações filosóficas sólidas para a maximização de riqueza (...) mas isso seria uma razão pobre para abandonar a maximização da riqueza, assim como a existência de problemas insuperáveis na filosofia da ciência seria uma razão pobre para abandonar a ciência”. POSNER, Richard. **The problems of Jurisprudence**. Cambridge: Harvard University Press, 1993, p. 384.

<sup>40</sup> POSNER, Richard. **The problems of Jurisprudence**, p. 388.

de pagar, de recursos sociais” seja a finalidade das escolhas alocativas, em razão da ausência de um padrão de preços de mercado para os bens em questão e da ausência de identidade entre riqueza e bem-estar.<sup>41</sup>

Com isso, Kaplow e Shavell defendem que as normas jurídicas deveriam ser avaliadas e escolhidas tendo como base unicamente seus efeitos no bem-estar dos indivíduos na sociedade.<sup>42</sup> Segundo eles, o bem-estar coletivo a ser maximizado abrange todos os elementos que possam vir a afetar o bem-estar individual, conceito que seria abrangente e incluiria não somente riqueza material, mas também tudo que pudesse ser valorizado pelo indivíduo, por mais intangível que seja, dentre os quais a preocupação com a distribuição de riquezas.<sup>43</sup>

A distribuição de riquezas, todavia, não deveria ser considerada como fator autônomo, pois seria abrangida no conceito de bem-estar social, na medida em que possibilita a alocação de bens e serviços para aqueles que mais os valorizem; o atendimento do anseio social de assistência aos mais pobres e, finalmente, a promoção direta de uma distribuição mais equalitária de renda<sup>44</sup>

As políticas públicas então deveriam ser compreendidas exclusivamente sob o ponto de vista de seus efeitos na maximização do bem-estar individual, que, somados, resultaria no bem-estar coletivo. Trata-se de uma perspectiva cardinal de bem-estar, em que cada “perfil de utilidades cardinais individuais” é “agregado (por meio de uma fórmula mecânica)” em um “índice de utilidade coletiva”.<sup>45</sup>

Nesse contexto, não deveria ser garantido qualquer peso autônomo a preocupações de justiça (*fairness*). Segundo Kaplow e Shavell, a busca por noções de justiça, derivadas de normas sociais e baseadas em instintos e intuições, não se prestam à análise racional de longo prazo de quais políticas e normas jurídicas são socialmente mais adequadas. Por isso, alegam que a adoção da justiça como parâmetro das escolhas alocativas findaria por não só minimizar o bem-estar geral, mas, em alguns casos, tornar a situação pior para o indivíduo.<sup>46</sup> Nesse sentido, vale transcrever as exatas considerações dos autores:

---

<sup>41</sup> KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. **Fairness versus welfare**. Cambridge: Harvard University Press, 2002, p. 35-37.

<sup>42</sup> Idem, p. 3

<sup>43</sup> Idem, p. 18/21/29.

<sup>44</sup> Idem, p. 29-30

<sup>45</sup> MOULIN, Hervé J. **Fair division and collective welfare**. Boston: Massachusetts Institute of Technology, 2003, p. 5.

<sup>46</sup> KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. **Fairness versus welfare**, p. 53.

Nosso argumento para basear a avaliação de normas legais inteiramente no bem-estar, não dando peso a noções de justiça, deriva da característica fundamental da abordagem baseada na justiça: tal abordagem não depende exclusivamente nos efeitos das normas legais no bem-estar do indivíduo. Como consequência, a satisfação de noções de justiça pode tornar a situação individual pior, ou seja, reduzir o bem-estar social. Além disso, indivíduos terão sua situação piorada sempre que considerações de justiça levem a escolhas de um regime diferente daquele que seria adotado pelas considerações de bem-estar, pois, por definição, as duas abordagens conflitam quando um regime com maior bem-estar geral é rejeitado com base na justiça.<sup>47</sup>

A visão de maximização de bem-estar como critério axiológico exemplificada na doutrina de Kaplow e Shavell tem, como bem admitem os referidos autores<sup>48</sup>, um viés nitidamente consequencialista, que, por sua vez, remete às teorias filosóficas utilitaristas.

Partindo dessas premissas, a maximização de bem-estar como critério de escolhas alocativas prestacionais resulta unicamente na consideração das consequências dessas escolhas para consecução de tal fim. Determinada ação, regra ou motivação é moralmente correta desde que promova resultados que “não sejam piores no todo que os resultados de qualquer alternativa”<sup>49</sup>. Essencialmente, então, uma conduta ou norma é boa na exata medida em que maximiza a criação de situações que promovam o “Bem”<sup>50</sup>, sendo sua qualidade moral determinada exclusivamente pela qualidade de suas consequências.

Quando a noção de “Bem” a ser maximizado é identificada, como nas hipóteses ora apresentas, com “bem-estar” – qualquer que seja sua acepção - tem-se um consequencialismo utilitarista<sup>51</sup>, cujas origens remontam aos escritos de Jeremy Bentham, John Stuart Mill e Henry Sidwick..<sup>52</sup>

---

<sup>47</sup> KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. **Fairness versus Welfare**, p. 52 .

<sup>48</sup> Idem, loc. Cit, nota 72.

<sup>49</sup> HAUSMAN, Daniel M.; MCPHERSON, Michael S. **Economic analysis, moral philosophy and public policy**, p. 99. . Concluem então os autores que “se uma política ou ação é certa ou errada depende tanto do resultado de sua implementação quanto do resultado caso qualquer alternativa seja implementada”. Idem, loc. Cit.

<sup>50</sup> ALEXANDER, Larry; MOORE, Michael. Deontological ethics. In: ZALTA, Edward N. (ed). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** . Disponível em: <http://plato.stanford.edu>. Para mais sobre o tema do consequencialismo, cf. FRANKENA, William. K. **Ética**. Rio de Janeiro: Zahar, 1981, p. 14 e ss; SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. Consequentialism. In: ZALTA, Edward N. (ed). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** . Disponível em: <http://plato.stanford.edu>;

<sup>51</sup> GALVÃO, Pedro. A teoria utilitarista de J. S. Mill: uma caracterização. **Revista de filosofia moral e política**, n. 1, 2003. Disponível em: [www.spfil.pt/troci/tr01\\_galvao1.htm](http://www.spfil.pt/troci/tr01_galvao1.htm)

<sup>52</sup> BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da Moral e da Legislação**. São Paulo: Abril Cultural, (1789)1984; MILL, John S. **Utilitarismo**. São Paulo: Escala (1861) 2012; SIDWICK, Henry. **História da Ética**. São Paulo: Ícone, (1874) 2012.

Apesar de não caber, neste estudo, considerações autônomas acerca do Utilitarismo como doutrina filosófica ou das posições particulares de seus respectivos defensores, é importante salientar que seu uso persiste, com diversas atualizações e vertentes, em razão de sua suposta capacidade de dar cientificidade às escolhas éticas. Isso porque o utilitarismo permitiria um “complexo instrumento para a justificação empírico-racional das normas”<sup>53</sup> mediante um juízo de custo/benefício realizado pelo chamado “cálculo utilitarista”: a escolha certa seria aquela que apresentar maior saldo decorrente do somatório de unidades de *hedons* (sejam eles entendidos como prazer, felicidade, bem-estar, etc.) decorrente de determinada situação diminuído do somatório de *dolors* (sejam eles entendidos como dor, tristeza, mal-estar, etc.) decorrente de sua alternativa.<sup>54</sup>

Ainda que não expressamente, muitos autores brasileiros adotam tal pensamento, notadamente aqueles ligados ao movimento da Análise Econômica do Direito.

Gesta Leal, por exemplo, considera que uma escolha na alocação de recursos escassos é racional somente quando “tem presente quais as conseqüências (externalidades) que a ação vai gerar, ao menos a priori, tomando aqui de igual forma não exclusivamente o âmbito de sua subjetividade, mas os reflexos (diretos e indiretos; econômicos, políticos, culturais, afetivos, psíquicos, etc.) desta ação”.<sup>55</sup> Gustavo Amaral, por sua vez, trata da questão de alocação de recursos de saúde sobre o enfoque de que os mesmos devem ser maximizados na media de “número de vidas salvas por cada mil reais gastos”, devendo-se adotar um “postulado do equilíbrio atuarial como fim” das escolhas alocativas.<sup>56</sup>

A posição de Luciano Benetti Timm, porém, é a que mais claramente expressa a maximização de bem-estar como expressão de justiça distributiva. Segundo o autor, a discussão de políticas públicas não deveria ser pautada pela “a essencialidade da necessidade (e do direito social positivado)” e sim pelo “planejamento do gasto público no orçamento do Estado”, pois “o gasto com prioridades sociais, que atendam a um maior número de beneficiários mais necessitados, evitando o desperdício, tenderá a ser a melhor solução e, portanto, a mais justa”.<sup>57</sup>

---

<sup>53</sup> MATHIS, Klaus. **Efficiency instead of justice?** P. 103 .

<sup>54</sup> HINMAN, Lawrence M. **Ethics: a pluralistic approach to moral theory**. 4. Ed. Bolmont: Thompson Wadsworth, 2007, p. 129.

<sup>55</sup> LEAL, Rogério Gesta. **Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais**, p. 66-67.

<sup>56</sup> AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**, p. 37/109.

<sup>57</sup> TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo W; TIMM, Luciano B. (orgs). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Todavia, é fundamental frisar que a tese da maximização de bem-estar como elemento de justiça distributiva apresenta vícios insuperáveis, vícios esses intrinsecamente relacionados à sua fundamentação consequencialista, com recurso a um juízo de custo/benefício como meio de realização de uma política prestacional de viés utilitarista.

Nota-se, primeiramente, que alegada racionalidade e cientificidade do cálculo utilitarista de medição e maximização de bem-estar, não traz, em si, qualquer elemento valorativo. Limita-se a realizar o balanço entre *hedons* e *dolors* sem que haja necessariamente um juízo de valor entre as preferências<sup>58</sup>. Tal fato, porém, impede a consideração das já referidas e inexoráveis repercussões de fatores de justiça distributiva nos resultados econômicos e jurídicos das políticas prestacionais.

Uma tentativa de superação desse problema é estabelecer a avaliação axiológica de preferências de acordo com a perspectiva ou o “estado mental” do próprio indivíduo cujo bem-estar será positiva ou negativamente afetado por determinada política, dentro de uma lógica de igualdade entre todas as pessoas envolvidas.<sup>59</sup> Conforme destaca Robert D. Cooter, “a comparação de níveis de bem estar não provê informação suficiente para a alocação de recursos (...) Em geral, alocar recursos para maximizar o bem-estar requer a medição de diferenças de bem-estar entre as pessoas, não somente comparar níveis de bem-estar.”<sup>60</sup>

A mensuração de tal “estado mental” individual no cálculo de custo/benefício encontra sérias dificuldades, uma vez que se mostra impossível traduzir todos os elementos de preferência em um fator único de “utilidade” que permita a comparação. Nos termos do que destaca Hervé J. Moulin, uma “esperança de uma medição objetiva de bem-estar é tão irrealista quando comparar por um índice comum dois sistemas de valores diferentes, duas perspectivas de vida. A soma de prazeres e dores de Bentham é sem sentido porque minha dor e sua dor são incomensuráveis”.<sup>61</sup>

Ademais disso, nem todas as preferências individuais podem ser avaliadas de forma absolutamente igualitária, notadamente no campo prestacional, em face de sua relevância

---

<sup>58</sup> SANDEL, Michael J. **Justice**, cap. 2. Essa característica, aliás, é justamente o atrativo para sua adoção, sobretudo pelos juseconomistas, notadamente pelos dados numéricos passíveis de obtenção por esse método, por mais falhos que tais dados possam ser.

<sup>59</sup> LAYARD, Richard; GLAISTER, Stephen. **Cost-benefit analysis**. 2. Ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 1-4.

<sup>60</sup> Cooter ilustra sua afirmação pela impossibilidade de comparar o nível de maximização de bem-estar geral decorrente do fornecimento de alimentação para uma pessoa com fome e o fornecimento de entretenimento para cinquenta pessoas entediadas, por mais que se saiba que as pessoas precisam mais de alimentação do que de diversão. COOTER, Robert D. **The strategic Constitution**. Princeton: Princeton University Press, 2000, p. 389.

<sup>61</sup> MOULIN, Hervé J. **Fair division and collective welfare**, p. 5.

axiológica.<sup>62</sup> Mesmo numa acepção relativista, há de se reconhecer que, no âmbito de uma sociedade pluralista, há divergentes opiniões sobre o valor social da proteção ambiental, da seguridade social ou de subsídios culturais, por exemplo. Nesses casos em que “filosofias divergem sobre os valores que as pessoas devem ter, a análise de custo/benefício, embora úteis, não podem ser decisivas no convencimento das pessoas em adotar uma política pública em vez de outra.”<sup>63</sup>

Uma solução para a mensuração de preferências seria monetarizar as preferências, o que remete à mencionada idéia de disponibilidade de pagamento, em que as preferências individuais são fixadas a partir da avaliação financeira de quanto alguém está disposto a pagar para garantir um *hedon* ou evitar um *dolor*. Os graves problemas da aplicação dessa idéia no campo distributivo - notadamente no privilégio aos mais ricos - já foram discutidos alhures, não cabendo aqui a repetição.<sup>64</sup> Recai ainda na dificuldade de atribuição de valores pecuniários a elementos imateriais como sentimentos, ambiente e mesmo a vida humana, e nas graves repercussões advindas de quando tal atribuição de valor financeiro é realizada.<sup>65</sup>

---

<sup>62</sup> Observa Michael Sandel que “quando a lógica de mercado é referente com bens materiais, como carros, torradeiras e televisores, essa objeção não se avulta; é razoável assumir que o valor dos bens é simplesmente uma questão de preferência do consumidor. Mas quando a lógica de mercado é aplicada a sexo, procriação, criação de filhos, educação, saúde, sanções criminais, políticas de imigração e proteção ambiental, é menos plausível assumir que as preferências de cada indivíduo são igualmente valiosas. Em campos moralmente carregados como esses, alguns modos de avaliar bens podem ser mais altos, mais apropriados que outros. E se esse for o caso, é incerto o porquê de devermos satisfazer preferências indiscriminadamente, sem inquirir sobre seu valor moral. (Deveria seu desejo de ensinar uma criança a ler contar igualmente ao desejo de seu vizinho de caçar morças?)”. SANDEL, Michael J. **What money can't buy**, cap. 2.

<sup>63</sup> COOTER, Robert D. **The strategic Constitution**, p. 396-397.

<sup>64</sup> Vale apenas lembrar, consoante Hausman e McPherson, que a aplicação da análise de custo/benefício é especialmente questionável em políticas que opõem o interesse de ricos e pobres e cujas “consequências serão perenes, sérias ou incertas”. Seguem os autores: “Infelizmente, é em justamente em casos com essas características – como a determinação de que vizinhança deve ser destruída para uma nova rodovia, ou se uma represa que ameaça um espécie em extinção deve ser construída – é que os formuladores de políticas procuram a orientação ilusória proporcionada pela análise de custo/benefício. (...) Ao preconceito embutido na análise de custo/benefício contra a preferência dos mais pobres sugere uma injustiça presente. Exatamente aquelas pessoas que formuladores de políticas deveriam ser mais interessados proteger são aqueles que são mais propensos a serem prejudicados”. HAUSMAN, Daniel M.; MCPHERSON, Michael S. **Economic analysis, moral philosophy and public policy**, p. 149.

<sup>65</sup> Um exemplo é o caso do “Memorando Summers” citado anteriormente. Outro, mencionado por Sandel, é da avaliação de custo/benefício realizado na República Tcheca para empresa Philip Morris. Nela, a empresa concluiu que o governo ganharia financeiramente com o hábito de fumar da população, na medida em que, embora impliquem maiores custos de saúde quando vivos, os fumantes morrem mais cedo, economizando para o governo despesas de saúde, pensão e moradia. Isso, aliado com as receitas tributárias das vendas de cigarros, implicaria lucro de cerca de U\$ 147 milhões por ano. Assim, numa análise de custo/benefício com base na eficiência econômica, o cigarro teria uma consequência positiva para a sociedade tcheca. SANDEL, Michael J. **Justice**, cap. 2.

Assim sendo, a maximização de bem-estar acaba por não atender o critério de justiça indispensável na discussão da atividade prestacional, pelo simples fato de que não haveria medidas ou razões essencialmente justas, sendo sua justiça decorrente unicamente dos resultados obtidos.<sup>66</sup>

Um segundo e mais relevante aspecto que obstaculiza a tese consequencialista da maximização de bem-estar como elemento de justiça distributiva é o fato de que sua aplicação desconsidera completamente a importância da pessoa ou do grupo social que arca com os malefícios ou mesmo dos benefícios de uma determinada escolha alocativa no campo prestacional.

Embora se reconheça a importância empregada às preferências do indivíduo, essa preocupação somente se dá à medida que serve de elemento para agregação, juntamente e em igual peso com as preferências de outros indivíduos, do saldo de preferências no cálculo utilitarista.<sup>67</sup> Apesar de, à primeira vista, parecer um argumento em favor da igualdade e, por isso, justo, note-se que essa igualdade não faz referência ao sujeito em si como participante do processo decisório, mas à igualdade de peso de cada tipo de preferência (utilidade) para o cômputo de custo/benefício.<sup>68</sup>

Um exemplo sempre invocado para ilustrar essa afirmação é a hipótese do transplante de órgãos, aqui simplificado para efeitos práticos. Imagine-se que um médico tenha cinco pacientes morrendo por falência de órgãos diversos. Um sexto paciente, que veio apenas fazer exames de rotina, tem casualmente compatibilidade de tecidos com os demais, podendo, com seus órgãos, salvar suas vidas. O cálculo de custo/benefício faz com que a preferência de um (paciente saudável), embora considerada, seja eliminada à luz do somatório das preferências dos outros cinco (pacientes com falência de órgão), de modo que deveria ser permitido (ou mesmo obrigatório), dentro da ótica consequencialista, ao médico matar o paciente saudável para salvar os outros cinco, pois isso implicaria a maximização do bem-estar geral.<sup>69</sup>

---

<sup>66</sup> MATHIS, Klaus. **Efficiency instead of justice?** P. 104

<sup>67</sup> SANDEL, Michael J. **Justice**, cap. 2

<sup>68</sup> KYMILICKA, Will. **Contemporary political philosophy: an introduction**. 2. Ed. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 26.

<sup>69</sup> Esse exemplo foi desenvolvido originalmente por Judith J. Thompson no artigo "The trolley problem". THOMPSON, Judith J. The trolley problem. **The Yale Law Journal**, Vol. 94, N. 6, maio/1985, p. 1395-1415. Para uma discussão completa e mais desenvolvida do exemplo, incluindo seus desdobramentos filosóficos, cf. SINNOTT-ARMSTRONG, Walter, Consequentialism. In: ZALTA, Edward N. **The Stanford encyclopedia of Philosophy**. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/>

No campo prestacional, esse problema é visto facilmente quando se toma o exemplo do bem-estar de minorias. Nessa hipótese, políticas prestacionais que se voltassem ao atendimento à saúde de homossexuais e prostitutas, ou à educação de índios ou ao suporte financeiro de imigrantes poderiam simplesmente ser descartadas caso a maioria da população tivesse preferências contrárias a essas medidas. Tal solução mostrar-se-ia adequada à visão de maximização de bem-estar, uma vez que restariam prevalecentes as preferências individuais da maioria sobre as da minoria no somatório racional final do cálculo utilitarista.<sup>70</sup>

Vê-se então que o que importa, na ótica utilitarista da maximização de bem-estar, é que “o balanço social seja positivo depois que todos os custos e benefícios foram computados”<sup>71</sup>, não sendo relevante se circunstâncias extremas possam levar a que “inocentes sejam mortos, surrados, enganados ou privados de bens materiais a fim de produzir maiores benefícios para outros”.<sup>72</sup>

De acordo com as palavras de Moulin, “uma noção puramente ‘objetiva’ de bem-estar é alienada do indivíduo ‘subjetivo’; desse modo, nega o pluralismo de valores individuais (...) vendo os indivíduos como tanques entre os quais devemos dividir a gasolina do mundo”.<sup>73</sup> Destarte, a visão utilitarista de maximização de bem-estar não se presta como elemento de justiça distributiva na atividade prestacional do Estado, uma vez que não traz elemento essencial de valor e desconsidera a importância inerente da dignidade da pessoa humana.

## 2.2 Justiça distributiva, valores e direitos

Diante das graves e insuperáveis dificuldades da adoção da visão utilitarista maximização de bem-estar como elemento de justiça distributiva - ligadas à sua ausência de elemento valorativo essencial, da dificuldade de mensuração do bem-estar e da desconsideração da importância inerente da pessoa humana – deve-se concordar com Michael Sandel quando afirma que o “utilitarismo não é confiável na medida em que nenhum

---

<sup>70</sup> Nos termos do que destaca John Rawls, tal resultado não é necessariamente irracional do ponto de vista das preferências (utilidade) de um indivíduo, não obstante seja irrazoável do ponto de vista da justiça, na proporção em que pode levar à discriminação contra minorias impopulares. RAWLS, John. Kantian constructivism in moral theory. Apud KYMILICKA, Will. **Contemporary political philosophy**, loc. Cit.

<sup>71</sup> MATHIS, Klaus, **Efficiency instead of justice?** P. 206 .

<sup>72</sup> ALEXANDER, Larry; MOORE, Michael. Deontological Ethics. In: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Disponível em: <http://plato.stanford.edu>

<sup>73</sup> MOULIN, Hervé J. **Fair division and collective welfare**, p. 6.



fundamento meramente empírico, utilitarista ou não, pode garantir o absoluto primado da justiça e a santidade dos direitos individuais”.<sup>74</sup>

Retomando aqui o que foi consignado anteriormente sobre a doutrina filosófica de Kant<sup>75</sup>, cumpre lembrar que a moralidade como qualidade distintiva do ser humano deriva da mesma premissa de racionalidade afirmada como pressuposto das escolhas alocativas<sup>76</sup>, moralidade essa que impõe imperativos categóricos vigentes independentemente de preocupações consequencialistas. O foco em elementos utilitaristas como a maximização de bem-estar vai de encontro a esse “princípio supremo da moralidade”<sup>77</sup> e à própria fundamentação categórica de justiça, “que é mais que apenas um outro valor. Ela fornece a estrutura que regula a relação entre valores e finalidades concorrentes; deve, portanto ter fundamentação independente dessas finalidades.”<sup>78</sup> Bem destaca John Rawls, “sendo virtudes primeiras das atividades humanas, a verdade e a justiça são indisponíveis”.<sup>79</sup>

Repita-se também a impossibilidade de medição utilitária de esferas valorativas – derivadas de convicções filosóficas, políticas ou religiosas – que, queira-se ou não, são de absoluta relevância nas interações sociais. Os valores e finalidades individuais, por sua vez, são cada vez mais múltiplos, fato que é desconsiderado pela imposição do bem-estar coletivo – dentro da visão do formulador das políticas públicas ou de uma suposta “maioria” - como critério distributivo.

Daí decorre a desconsideração da pessoa humana como detentora de um valor inato e incondicional, uma vez as ações individuais são determinadas por sua conformidade com valores impostos por terceiros e não por sua vontade autônoma, orientada unicamente por parâmetros morais autoimpostos.

Segundo Kant, “ninguém pode me compelir a ser feliz em conformidade com a sua concepção de bem-estar de outros, pois cada um deve buscar sua felicidade de qualquer maneira que lhe aprouver, desde que não afete a liberdade dos outros fazerem o mesmo”.<sup>80</sup> A busca pela maximização de bem-estar geral, porém, “pressupõe a sociedade como um todo

---

<sup>74</sup> SANDEL, Michael J. **Liberalism and the limits of justice**. 2. Ed. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 1998, p. 4.

<sup>75</sup> Cf. Título I, Cap. I, 1.1

<sup>76</sup> Cf. Título V, Cap. III, 1.

<sup>77</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**, p.19.

<sup>78</sup> SANDEL, Michael J. **Public Philosophy: essay on morality in politics**. Cambridge: Harvard University Press, 2005, p. 158.

<sup>79</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Ed. Martins Fontes. São Paulo, 2002, p. 4.

<sup>80</sup> KANT, Immanuel, On the common saying: ‘this may be true in theory, but It does not apply in practice (1793) *Apud* SANDEL, Michael J., **Justice**, cap. 5, nota 45.

como se fosse uma só pessoa; ela funde nossos muitos e diversos desejos em um único sistema de desejos”<sup>81</sup> e, com isso, ignora a dignidade inerente do ser humano.

Um desdobramento lógico dessa afirmação é a vulneração ou mesmo ignorância de direitos individuais: eles seriam estabelecidos de acordo com uma visão particular de bem-estar – dentro da visão utilitarista - ou então sacrificados em prol do bem-estar coletivo, dentro de uma visão consequencialista mais ampla.<sup>82</sup>

Lembremos que a dignidade da pessoa humana requer que a pessoa não seja tratada como mera peça em uma engrenagem estatal voltada para determinada finalidade coletiva, bem como o reconhecimento de sua importância intrínseca. Diante disso, os direitos prestacionais, fundados nesses pressupostos da dignidade humana, são gravemente vulnerados pela visão de maximização de bem-estar coletivo como finalidade da atividade prestacional.

A eficiência econômica e a maximização de bem-estar como critérios de alocação de recursos na atividade prestacional têm em seu favor a possibilidade de ser traduzida em elementos contábeis, os quais tornam mais simples a justificação das opções estatais nesse campo. Entretanto, nos termos do que destaca Mark D. White, “a simplicidade não é virtude se vem à custa do realismo, precisão, ou ética”. Ao se estabelecer a atividade prestacional por força do aumento da riqueza econômica ou do saldo resultante do somatório de custos e benefícios, são deixados de lado elementos não quantificáveis, mas essenciais na dinâmica social, o que “inevitavelmente leva à negligência (...) do reconhecimento da imensurável, incomparável e inviolável dignidade dos seres humanos.”<sup>83</sup>

Sob esse enfoque, os limites da atividade prestacional devem ser fixados com base em escolhas que prezem não somente a eficiência estritamente econômica ou maximização de bem-estar, mas também na eficiência de consecução de objetivos éticos de igualdade,

---

<sup>81</sup> SANDEL, Michael J. **Public Philosophy**, p. 148. Segue o raciocínio do autor: “o cálculo utilitário trata as pessoas como meio para a felicidade de outros, não como fins em si mesmos, dignos de respeito. Liberais contemporâneos estendem o argumento de Kant com a alegação que o utilitarismo não leva a sério a distinção entre as pessoas. (..) É indiferente para a distribuição de satisfações entre as pessoas, a não ser na extensão que ela pode afetar o cálculo geral. Mas isso falha em respeitar nossa pluralidade e distinção. Usa alguns como meio para a felicidade de todos, e, assim, falha em respeitar cada um como fim em si mesmo.”. Idem, loc. Cit .

<sup>82</sup> SANDEL, Michael J. **Public Philosophy**, p. 156

<sup>83</sup> WHITE, Mark D. *Social Law and Economics and the quest for dignity and rights* p. 586. .

liberdade e justiça<sup>84</sup>, orientados pela efetivação do fundamento constitucional do próprio Estado que é a dignidade da pessoa humana.

---

<sup>84</sup> GREMBI, Verônica. **The imperialistic aim of economics:** at the origin of the Economic Analysis of Law. Maio/2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=987771>

## II A DIGNIDADE COMO PARÂMETRO DEONTOLÓGICO DA ATIVIDADE PRESTACIONAL

Em face das dificuldades apresentadas por visões estritamente consequencialistas da atividade prestacional do Estado, faz-se necessário fixar um critério de orientação para as decisões alocativas do Estado no campo prestacional.

Nesse escopo -e considerando a afirmação da natureza jurídica da dignidade da pessoa humana que, como princípio constitucional, é fonte material de direitos fundamentais prestacionais - não deve haver surpresa ao se apresentar, neste ponto, a defesa do papel da dignidade da pessoa humana como padrão deontológico da atividade prestacional do Estado.<sup>85</sup>

Essa afirmação, firmada em claras bases kantianas, conduz à noção de que a justiça de determinada escolha alocativa deve ser avaliada a partir de sua consonância com o princípio da dignidade humana, que tanto permite ações que não sejam aquelas que maximizem o bem-estar coletivo quanto proíbe ações estatais apesar de suas eventuais conseqüências maximizadoras.<sup>86</sup> Assim sendo, havendo menoscabo à dignidade humana, qualquer alegada valia ou intenção do Estado não pode servir de justificativa a legitimar a conduta violadora.<sup>87</sup>

Do ponto de vista do Estado, a dignidade da pessoa humana é compreendida como parâmetro deontológico na medida em que é fixada como princípio moral e jurídico expresso ou implícito que serve como razão objetiva de um dever de ação ou omissão no campo prestacional. Em analogia à linguagem kantiana, a dignidade seria equivalente a um imperativo categórico imposto a si próprio pelo Estado, dentro do exercício de sua soberania. Na teoria dos direitos fundamentais, esse parâmetro é expresso pela mencionada perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, que estabelece o dever de reconhecimento e proteção de tais direitos independentemente da existência de direitos subjetivos equivalentes.

---

<sup>85</sup> Segundo Larry Alexander e Michael Moore, “a palavra deontologia deriva dos termos gregos para dever (*deon*) e ciência (ou estudo) de (*logos*). Na filosofia moral contemporânea, a deontologia é um dos tipos de teorias normativas referentes às escolhas que são moralmente necessárias, proibidas ou permitidas. Em outras palavras, a deontologia enquadra-se nos domínios das teorias morais que guiam e orientam nas escolhas do que devemos fazer (teorias deônticas).” ALEXANDER, Larry; MOORE, Michael. Deontological ethics. In: ZALTA, Edward N. (ed). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** . Disponível em: <http://plato.stanford.edu>. .

<sup>86</sup> HAUSMAN, Daniel M.; McPHERSON, Michael S. **Economic analysis, moral philosophy and public policy**, p. 114.

<sup>87</sup> GONZALEZ PEREZ, Jesús. **La dignidad de la persona**. Madrid:Editorial Civitas, 1986, p. 112-114

Sob a ótica do particular, a dignidade como parâmetro deontológico fundamenta a existência de direitos prestacionais, cuja fundamentalidade e estrutura já foi exposta. De toda forma, observa-se que a deontologia baseada em direitos também remete à doutrina kantiana, notadamente no ponto de vedação de coisificação da pessoa humana por meio de sua utilização como mero fim para fins estatais ou de terceiros.<sup>88</sup>

Nos termos da discussão já realizada, estabeleceu-se que os direitos fundamentais prestacionais não podem ser concebidos sem a consideração de fatores concretos que inexoravelmente impõem limites ao seu alcance e extensão para além daqueles já imanentes ao texto normativo. Viu-se ainda que a definição do âmbito de proteção definitivo dos direitos fundamentais prestacionais, bem como seu respectivo alcance (ou limite), depende da aplicação da ponderação de todos esses fatores à luz no conteúdo de direito *prima facie* previsto no ordenamento constitucional, a ser realizada a partir do princípio instrumental da proporcionalidade.

Nesse panorama, a dignidade da pessoa humana como parâmetro deontológico da atividade prestacional do Estado aparece assim como obstáculo à manipulação da legítima preocupação com a escassez como argumento para justificar restrições de tal monta que findem por tornar os direitos prestacionais verdadeiras conchas vazias, desprovidas de conteúdo material. A dignidade surge como barreira à imposição de limites à atividade prestacional, nos termos da teoria alemã dos “limites dos limites” (*Schranken-Schranken*)<sup>89</sup>. Nesse panorama, a dignidade é apontada como limite dos limites sob três enfoques que merecem ulteriores considerações: como conteúdo essencial dos direitos prestacionais, como elemento material do chamado “mínimo para existência” e como padrão de ponderação de direitos.

---

<sup>88</sup> Foge-se, assim, da divisão classificatória das teorias políticas de Ronald Dworkin entre teorias baseadas em metas (com a maximização de bem-estar coletivo, por exemplo), teorias baseadas em deveres e teorias baseadas em direitos. A dignidade como parâmetro deontológico, embora claramente oponha-se à visão utilitarista de política de metas, agrega tanto deveres (do Estado) e quando direitos (do particular) como elementos fundamentais das políticas prestacionais. Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 266.

<sup>89</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2008, p. 168.

## 1 DIGNIDADE E CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS PRESTACIONAIS

Na sistematização da dignidade como limite dos limites, um dos pontos sempre considerados é sua fixação como conteúdo essencial (*Wesengehalt*)<sup>90</sup> dos direitos prestacionais, cuja intransponibilidade busca evitar um “processo de dessubstancialização da Constituição”.<sup>91</sup>

A idéia de conteúdo essencial de direitos fundamentais surge na Lei Fundamental alemã de 1949 (*Grundgesetz* - GG) como tentativa de contraposição ao caráter meramente programático das normas de direitos fundamentais da Constituição de Weimar, voltada a garantir sua efetividade concreta em face de intervenções administrativas ou legislativas.<sup>92</sup>

Nesse sentido, estabelece o art. 19, n. 2, da Lei Fundamental que “em nenhum caso um direito fundamental poderá ser afetado em sua essência”<sup>93</sup>. Esse dispositivo serviu de inspiração para as normas previstas no art. 18, n. 3, da Constituição da República Portuguesa de 1976<sup>94</sup> (CRP) e no art. 53, n. 1, da Constituição espanhola de 1978<sup>95</sup> (CE), as quais fazem expressa menção à proteção do conteúdo essencial de direitos fundamentais.

A Constituição brasileira de 1988 não traz qualquer referência à referência taxativa à proteção do conteúdo essencial de direitos fundamentais. Apesar disso, “afigura-se inequívoco que tal princípio decorre do próprio modelo garantístico utilizado pelo

---

<sup>90</sup> Opta-se aqui pelo termo “conteúdo essencial” como tradução de *Wesengehalt* em detrimento ao usual “núcleo essencial” adotado por diversos autores de língua portuguesa (cf., p. ex., CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, p. 225, 551, 559; BRANCO, Paulo Augusto G.; COELHO, Inocêncio M.; MENDES, Gilmar F. **Curso de direito constitucional**. p. 304 e ss). Isso porque a tradução como “núcleo essencial” acaba por trazer em si um pleonismo, na medida em que não se mostra possível estabelecer-se um núcleo de algo que não lhe seja essencial. A noção de *Gehalt* como conteúdo permite, por sua vez, a idéia de que os direitos fundamentais têm conteúdo que, não sendo inerentemente ligado à dignidade da pessoa humana, é passível das mencionadas limitações fixadas por via da proporcionalidade. De toda forma, eventuais citações literais de autores preservarão a terminologia por eles adotada.

<sup>91</sup> RODRIGUEZ-ARMAS, Magdalena Lorenzo. **Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Granada: Editorial Comares, 1996, p. 74.

<sup>92</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**, p. 779.

<sup>93</sup> Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Disponível em: [http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues\\_PDF.pdf](http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf)

<sup>94</sup> Art. 18, n. 3: “As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.” Cf. Constituição da República Portuguesa de 1976. Disponível em: [www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx](http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx)

<sup>95</sup> Art. 53, n. 1: “Somente por lei, que em todo caso deverá respeitar seu conteúdo essencial, poderá regular-se o exercício de tais direitos e liberdades” Cf. Constituição da Espanha de 1978. Disponível em: <http://www.congreso.es/consti>.

constituente”<sup>96</sup>, notadamente da compreensão da extensão das cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, CF/88), que, embora não signifiquem “a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária”, estabelecem “a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege”.<sup>97</sup>

Expressa ou imanente ao ordenamento constitucional, o certo é que a noção de proteção do conteúdo essencial “destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais.”<sup>98</sup>

Considerados os direitos fundamentais como dotados de dimensão subjetiva e objetiva, a proteção de conteúdo essencial volta-se tanto a evitar que seja “sacrificado o direito subjetivo de um homem, a ponto de, para ele, esse direito deixar de ter qualquer significado”<sup>99</sup> quanto a obstar que “a vigência de uma disposição jusfundamental seja reduzida de forma tal que perca toda a importância para todos os indivíduos ou para a maior parte deles ou, em geral, para a vida social”<sup>100</sup>. A proteção estende-se, portanto, a posições jurídicas individuais que derivam dos direitos fundamentais e à própria norma objetiva de direito fundamental.<sup>101</sup>

Na perspectiva deontológica, o conteúdo essencial há de ser compreendido como uma “unidade substancial autônoma” dos direitos fundamentais<sup>102</sup>, sobre o qual o Estado não pode interferir (no caso dos direitos de defesa) e pelo qual deve zelar e promover (no caso dos direitos prestacionais). Trata-se, consoante a lição de Jorge Miranda, de “barreira última, permanente e efectiva contra o abuso do poder”, razão pela qual “o conteúdo essencial tem de ser entendido como um limite absoluto correspondente à finalidade ou ao valor que justifica o direito”.<sup>103</sup>

---

<sup>96</sup> BRANCO, Paulo A. G.; COELHO, Inocêncio M.; MENDES, Gilmar F. **Curso de direito constitucional**, p. 398.

<sup>97</sup> Cf. STF, ADIn 2024 (2007). Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

<sup>98</sup> BRANCO, Paulo Augusto G.; COELHO, Inocêncio M.; MENDES, Gilmar F. **Curso de direito constitucional**, p. 306.

<sup>99</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. p 459.

<sup>100</sup> ALEXI, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 286.

<sup>101</sup> Nesse sentido, vale conferir a lição de Gilmar Mendes: “Se se afirma o caráter pluridimensional dos direitos fundamentais e se reconhece que o direito fundamental tanto pode ser visto sob aspecto objetivo como subjetivo, então tem-se de admitir que as variantes de interpretação do referido princípio não se haverão de fazer, necessariamente, num esquema de exclusão (ou — ou; *entweder — oder*), mas num raciocínio de ampliação (tanto — quanto; *sonobl — als auch*)”. <sup>101</sup> BRANCO, Paulo Augusto G.; COELHO, Inocêncio M.; MENDES, Gilmar F. **Curso de direito constitucional**, p. 308-309.

<sup>102</sup> BRANCO, Paulo A. G.; COELHO, Inocêncio M.; MENDES, Gilmar F. **Curso de direito constitucional**, p. 398.

<sup>103</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV, p. 309. No mesmo sentido, cf. ANDRADE, José C. V. de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, p. 305.

A definição de tal conteúdo essencial - buscado pela teoria jusnaturalista “na consciência histórica que possui a humanidade quanto aos seus valores e direitos fundamentais”<sup>104</sup> – deve ser estabelecida a partir da relação entre o direito fundamental e a dignidade da pessoa humana.

Segundo Günter Dürig, a dignidade expressa um conteúdo material dos direitos fundamentais, independente de qualquer tempo e espaço, pelo qual a pessoa é capaz de tomar suas próprias decisões a respeito de si e de tudo que lhe gira em torno, sem ser tratado como simples objeto da atividade estatal.<sup>105</sup>

Em consonância com esse entendimento, Vieira de Andrade afirma, à luz do ordenamento português, que “o limite absoluto do n.º 3 do artigo 18º parece-nos ser a dignidade da pessoa, do homem concreto como ser livre”.<sup>106</sup> Da mesma forma, a doutrina espanhola identifica o conteúdo essencial com a “própria dignidade humana, valor que é absoluto em qualquer das coordenadas de tempo ou espaço que se queira considerar”.<sup>107</sup> A vinculação entre conteúdo essencial e dignidade da pessoa humana é realizada também pela doutrina brasileira.<sup>108</sup>

Considerando a referida fundamentalidade material dos direitos prestacionais com base na dignidade, resulta patente que a noção de conteúdo essencial desses direitos tem igualmente “referência imediata à idéia de dignidade da pessoa humana, fundamento de todo o catálogo dos direitos fundamentais”.<sup>109</sup> Assim, para além de uma dogmática específica de cada um dos direitos prestacionais, seu conteúdo essencial também tem radical na dignidade da pessoa humana, que serve de farol para estabelecer “a fronteira para o que se convencionou denominar de padrão mínimo na esfera dos direitos sociais”.<sup>110</sup>

---

<sup>104</sup> PÉREZ-LUÑO, Antonio E. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**, 8. ed. Madrid: Tecnos, 2003, p. 312.

<sup>105</sup> DÜRIG, Günter apud GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p.218-226.

<sup>106</sup> ANDRADE, José C. V. de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, p. 306.

<sup>107</sup> RODRIGUEZ-ARMAS, Magdalena Lorenzo. **Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Granada: Editorial Comares, 1996, p. 233.

<sup>108</sup> BARROSO, Luis R. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: MARTEL, Leticia de Campos Velho (org.), **Estudos contemporâneos de direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 311; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao direito processual constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 33.

<sup>109</sup> ANDRADE, José C. V. de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, p. 386.

<sup>110</sup> SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p.352.



## 2 DIGNIDADE E “MÍNIMO PARA EXISTÊNCIA”

O debate acerca de um conteúdo essencial dos direitos prestacionais referenciável ao valor absoluto do ser humano e de sua dignidade traz a lume a questão de quais as exigências derivadas dessa proteção, haja vista que a garantia de “um espaço interior livre de qualquer intervenção estatal” ou um “um espaço insuscetível de regulação”<sup>111</sup> não bastam para esse fim. Surge então uma vinculação entre esse conteúdo essencial e um “conjunto de prestações materiais indispensáveis para uma vida com dignidade”<sup>112</sup>, uma vez que conteúdo essencial dos direitos fundamentais impõe “não apenas uma proibição de intervenção excessiva, mas, igualmente, uma proibição de omissão na implementação da sua eficácia”.<sup>113</sup>

Ainda nos primeiros anos de vigência da Lei Fundamental, Otto Bachof introduziu na doutrina alemã a idéia de garantia constitucional positiva de recursos mínimos necessários a uma vida condigna. Sustentado no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, n. 1, GG), Bachof defendia que tal princípio “não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada.”<sup>114</sup>

Nesses termos, a proteção da dignidade da pessoa humana no campo prestacional é interpretada doutrinariamente a partir da necessidade de prestações estatais voltadas a evitar que o indivíduo seja submetido involuntariamente a condições materiais tais que ele acabe por se tornar mero “objeto” desprovido de autonomia pessoal. Tais prestações compõem o chamado mínimo para existência (*Existenzminimum*), “locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não ha dignidade.”<sup>115</sup>

---

<sup>111</sup> BRANCO, Paulo Augusto G.; COELHO, Inocêncio M.; MENDES, Gilmar F. **Curso de direito constitucional**. p. 307.

<sup>112</sup> SARLET, Ingo W. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Vol. LXXXII. Coimbra: Coimbra ed., 2006, p. 277.

<sup>113</sup> MENDES, Gilmar F. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Anuario iberoamericano de justicia constitucional**, n. 8. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.

<sup>114</sup> BACHOF, Otto. Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats. In: **VVDSTRL**, n. 37. Berlin: de Gruyter, 1954, p. 42-43 *apud* SARLET, Ingo W., **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 292.

<sup>115</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista diálogo jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v.I, n.6, set. 2001. Disponível em: [www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br)

Nesse sentido, o mínimo para existência liga-se instrumentalmente à dignidade ao possibilitar “a criação de condições para e o exercício dos demais direitos fundamentais”<sup>116</sup>, o que “exige prestações positivas por parte do Estado”.<sup>117</sup> O mínimo para existência, pois, implica “um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável”<sup>118</sup>

Nesse ponto, cumpre salientar que o mínimo para existência não deve ser compreendido como sinônimo de “mínimo de subsistência” ou “mínimo vital”, pois a preservação da dignidade da pessoa humana não se resume a mera garantia de sobrevivência física do indivíduo, senão sua garantia poderia ser fundada somente no direito à vida, sem necessidade de se recorrer a direitos fundamentais prestacionais.<sup>119</sup> Assim, o mínimo para existência é voltado à garantia de “pressupostos materiais mínimos de uma vida digna, de modo que o sujeito possa perseguir os fins que ele mesmo escolheu livremente”<sup>120</sup> e busca a “preservação da autonomia vital e da sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas”.<sup>121</sup>

Embora não se refute a natureza absoluta da dignidade da pessoa humana como conteúdo essencial dos direitos fundamentais prestacionais, e se admita mesmo a noção de mínimo para existência como verdadeiro “núcleo material” ou “fração nuclear” da dignidade

---

<sup>116</sup> MOREIRA, Isabel, **A solução dos direitos.**, p. 135.

<sup>117</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: O processo: estudos e pareceres. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2009, p. 42.

<sup>118</sup> SARLET, Ingo W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, p. 63.

<sup>119</sup> Sobre o tema, observa Ingo W. Sarlet: “Tem-se como certo que a garantia efetiva de uma existência digna abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta. Sustenta-se, neste sentido, que se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência. Por derradeiro, registre-se lição de H. Scholler, professor emérito da Universidade de Munique, para quem a dignidade da pessoa humana apenas estará assegurada ‘quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade (...)’ O mínimo existencial (ligado à dignidade da pessoa humana) não pode ser confundido com o que se chama de mínimo vital ou um mínimo de sobrevivência (direito à vida). Não deixar morrer de fome é o primeiro passo para garantir o mínimo existencial, mas não é o suficiente. O Estado, pois, não é limitado, no campo dos direitos subjetivos a prestações - à garantia do mínimo vital”. SARLET, Ingo W. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (org.). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.566-567.

<sup>120</sup> BODO, P.; SCHLINK, B. **Direitos fundamentais**. Série IDP. São Paulo: Saraiva, 2012, cap. 2

<sup>121</sup> MIRANDA, Jorge, **Manual de direito constitucional**, Tomo IV., p. 184.

humana no campo prestacional<sup>122</sup>, há de se frisar, nesse ponto, que o conteúdo desse mínimo para existência não é, por si, absoluto ou mesmo uniformemente aplicável em toda parte.

Retomando os elementos econômicos inerentes à discussão, nota-se que a definição dos elementos que compõem as necessidades materiais básicas de uma população está diretamente vinculada ao seu nível de renda. Enquanto as prestações ligadas às necessidades básicas de sobrevivência são relativamente incontroversas – renda mínima, saúde básica, educação fundamental e acesso à justiça são sempre mencionadas<sup>123</sup> – a definição de prestações que compõem um conjunto de mínimo mostra-se desafiadora em economias mais desenvolvidas.<sup>124</sup> Nesses termos, enquanto a discussão acerca do mínimo pode girar em torno do fornecimento de medicamentos básicos para portadores de HIV/AIDS<sup>125</sup> ou fornecimento de alimentos para evitar mortes por fome<sup>126</sup>, em países ricos a polêmica pode referir-se à provisão estatal de intérpretes de linguagem de sinais em postos médicos<sup>127</sup> ou no fornecimento de sapatos especiais para pessoas com deficiência motora.<sup>128</sup>

Essa observação, por certo, não implica a conclusão de que o valor da dignidade da pessoa humana é variável de acordo com critérios econômicos ou culturais.<sup>129</sup> Afirma-se somente que, apesar de seu valor inerente, a dignidade não traduz um “conteúdo fixo do direito a um mínimo para uma existência condigna”.<sup>130</sup> Assim, na determinação das prestações sociais essenciais para o mínimo para existência, derivado do valor inerente da pessoa humana, é indispensável a consideração de aspectos de cunho cultural, social e

---

<sup>122</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 197.

<sup>123</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista diálogo jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v.I, n.6, set. 2001. Disponível em: [www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br); BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**, p. 305.

<sup>124</sup> COOTER, Robert D. **The strategic Constitution**. Princeton: Princeton University Press, 2000, p. 412.

<sup>125</sup> Tribunal Constitucional do Equador. **Mendoza & Ors v Minister of Public Health and the Director of the National AIDS-HIV-STI Program.**, Resolucion No. 0749-2003-RA (2004) Disponível em: <http://r2e.gn.apc.org/node/666>

<sup>126</sup> Supreme Court of India. **People's Union For Civil Liberties v. Union of India & Ors.** (2001). Disponível em: <http://www.escri-net.org/docs/i/401033>

<sup>127</sup> Supreme Court of Canada. **Eldridge v. British Columbia (Attorney General)** [1997] 2 S.C.R. 624. Disponível em: <http://www.canlii.org/ca/cas/scc/1997/1997scc89.html>

<sup>128</sup> Supreme Administrative Court of Finland. **Case. No. 3118 (Medical Aids Case) (2000)**. Disponível em: [www.nordichumanrights.net/tema/tema3/caselaw](http://www.nordichumanrights.net/tema/tema3/caselaw)

<sup>129</sup> Sobre o tema, leciona Peter Häberle: “A dignidade humana não é somente analisável em termos culturalmente específicos. Um olhar sobre os conceitos de identidade válido entre culturas já mostra que certos componentes fundamentais da personalidade humana devem ser tidos em conta em todas as culturas, com que eles se tornam o conteúdo de um conceito de dignidade humana não é redutível a uma cultura específica”. HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional**. México: UNAM, 2003, p.170.

<sup>130</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**, p. 21.

econômico<sup>131</sup>, aspectos esses bastante variáveis na comparação entre países ou mesmo na comparação entre regiões de um mesmo país<sup>132</sup>

A idéia de mínimo para existência também aparece no contexto das discussões das escolhas alocativas na sempre lembrada escassez inerente à atividade prestacional. A dignidade como mínimo para existência aparece como fator elementar de limitação dos direitos prestacionais, haja vista que a essencialidade da prestação é diretamente proporcional à sua ligação com o mínimo para existência e é inversamente proporcional à possibilidade de sua limitação.<sup>133</sup> Por isso, chega-se a se defender mesmo que a idéia de reserva do possível “só tem verdadeiramente sentido no que exceda esse mínimo.”<sup>134</sup> Apesar de não se poder simplesmente negar as contingências naturais de ordem econômica e material na atividade prestacional, a noção de mínimo para existência se presta a servir de guia na ponderação, sendo certo que, diante da escassez, o responsável pela escolha alocativa deve aplicar os recursos disponíveis preferencialmente em prestações que garantam esse mínimo.<sup>135</sup>

Finalmente, a concepção de mínimo para existência serve como fundamento para a subjetivação de direitos prestacionais, pois a proteção de um mínimo para existência “traduz (...) exigibilidade, juridicamente reconhecida, de prestações destinadas a garantir a todos os

---

<sup>131</sup> Sobre o tema, observa Marcelo Novelino Camargo: “A noção de dignidade se concretiza histórico-culturalmente segundo a consciência jurídica de cada povo, sendo inegável que sociedades com maior desenvolvimento econômico e cultural terão melhores condições para promover os meios necessários a uma vida digna. Em razão deste aspecto, os bens, valores e utilidades nele abrangidos devem ser analisados de acordo com a sociedade, a época e o local. Por isso, sua configuração, apesar de possuir um conteúdo universal mínimo, será variável no tempo e no espaço de acordo com o desenvolvimento social, econômico e cultural de cada sociedade”, Marcelo Novelino. O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras complementares de constitucional: direitos fundamentais**. 2ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 124. No mesmo sentido, cf., dentre outros, AMARAL, Gustavo, **Direito, escassez & escolha**, p. 185; KRELL, Andréas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 63.

<sup>132</sup> SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: **Verba Juris** ano 4, n. 4, jan./dez. 2005, p. 79 e ss.

<sup>133</sup> AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**, p. 215-216.

<sup>134</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Jurisprudência Constitucional**, p. 26. No mesmo sentido, cf. TORRES, Sílvia F. Direitos prestacionais, reserva do possível e ponderação: breves considerações críticas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (org.). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 769-792.

<sup>135</sup> Em comentário sobre o tema, enfatiza Eduardo Cambi: “O conceito de mínimo existencial deve ser buscado no núcleo dos valores constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, na cláusula do Estado Social e no princípio da igualdade. (...) Procura-se, destarte, uma otimização nos gastos públicos, voltada à aplicação prioritária na efetivação de direitos fundamentais sociais, sem os quais as pessoas não teriam condições mínimas de sobreviver com dignidade (maximização do mínimo existencial).” CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: RT, 2010, p. 389-392.

cidadãos um mínimo de ajuda material que lhes permita levar uma vida condigna.”<sup>136</sup> Independentemente da aduzida polémica quanto à eficácia constitucional dos direitos fundamentais prestacionais, tal exigibilidade pode mesmo ser extraída do entendimento de que elementos materiais mínimos de renda, saúde e seguridade social são diretamente ligados ao direito à vida<sup>137</sup> ou consistem pressupostos ao gozo da liberdade<sup>138</sup>. “Nessa perspectiva”, anota Canotilho, “o ‘rendimento mínimo garantido’, as ‘prestações de assistência social básica’, o ‘subsídio de desemprego’ são verdadeiros direitos sociais originariamente derivados da constituição sempre que eles constituam o standard mínimo de existência indispensável à fruição de qualquer direito”.<sup>139</sup>

### 3 DIGNIDADE COMO PADRÃO DE PONDERAÇÃO DE DIREITOS PRESTACIONAIS

Da previsão de proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais – com seu corolário de proteção do mínimo para existência no campo prestacional – infere-se implicitamente a possibilidade de restrição de tais direitos, que pode ocorrer até o ponto em que esse conteúdo essencial, ou esse mínimo material, reste preservado.

Considerando que a definição do âmbito de proteção definitivo dos direitos fundamentais prestacionais – e seu respectivo alcance (ou limite) – depende da aplicação da ponderação de todos esses fatores à luz no conteúdo de direito *prima facie* previsto no ordenamento constitucional, conclui-se que a dignidade da pessoa humana como parâmetro deontológico da atividade prestacional do Estado – quer sob a vertente de proteção do conteúdo essencial dos direitos prestacionais, quer sob o aspecto da garantia de pressupostos materiais mínimos para uma vida digna – é necessariamente vinculada ao princípio da proporcionalidade.<sup>140</sup>

---

<sup>136</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. p. 64.

<sup>137</sup> SARLET, Ingo W., **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 321, 352.

<sup>138</sup> Essa ligação seria tal que a própria concepção de direitos sociais deveria ser reduzida ao contexto do mínimo para existência. Nesse sentido, cf. TORRES, Ricardo Lobo. Metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1-46. Mais adiante, retomaremos o debate acerca da relação entre mínimo para existência e liberdade.

<sup>139</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, p. 508.

<sup>140</sup> Em obra clássica sobre a dignidade da pessoa humana no contexto alemão, Günter Dürig estabelecia que a própria consideração da proporcionalidade como princípio constitucional deriva da previsão de proteção do conteúdo essencial de direitos fundamentais, uma vez que a proporcionalidade seria o meio

É certo que o grande desenvolvimento doutrinário acerca da proporcionalidade<sup>141</sup> e sua autonomização levam alguns autores a desconsiderar a importância e efetividade prática dos próprios conceitos de conteúdo essencial<sup>142</sup> e de mínimo para existência.<sup>143</sup> Sobre outro enfoque, o conteúdo essencial nada mais seria “senão o resultado de um processo de ponderação, constituindo aquela parte do direito fundamental que, em face de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos e com ele colidentes, acaba por ser julgada prevalecente”<sup>144</sup> Somente dessa forma - dentro de uma acepção relativista de inexistência de “medida pré-estabelecida e fixa” para o conteúdo essencial<sup>145</sup> - poderia ser compatibilizada a noção de conteúdo essencial com a teoria dos direitos fundamentais como princípios.<sup>146</sup>

Todavia, cumpre lembrar que a ponderação por meio da proporcionalidade não pode ser compreendida como mero exercício retórico ou argumentativo voltado a justificar determinada decisão volitiva previamente estabelecida. Como visto, a proporcionalidade deve ser compreendida como um *iter* racional e sindicável de cognição do âmbito de proteção definitivo dos direitos fundamentais. Nesse escopo, além da verificação do caso concreto à luz dos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, a

---

de estabelecer o limite das restrições possíveis sem que houvesse vulneração do conteúdo essencial de determinado direito fundamental. DÜRIG, Günter. Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde : Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1, Abs. I, in Verbindung mit Art. 19. Abs. II, des Grundgesetzes. **Archiv für öffentliches Recht** (AöR), n. 81, 1956, p. 117 e ss.

<sup>141</sup> Cf. Título IV, Cap. 1, 2.

<sup>142</sup> BACIGALUPO, Mariano. La aplicación de la doctrina de los ‘limites immanentes’ a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal”. **Revista española de derecho constitucional**, Ano 13, n. 38. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, maio/ago/ 1993, p. 301-302. No mesmo sentido, Reis Novais observa que a garantia do conteúdo essencial “não desempenha hoje qualquer papel autônomo significativo nem desenvolve qualquer efeito jurídico efetivo enquanto limite aos limites dos direitos fundamentais”. REIS NOVAIS, Jorge. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**, p. 786. Vale conferir ainda a exposição de Jane Pereira: “a garantia do conteúdo essencial corresponde à exigência de justificação das limitações aos direitos fundamentais, a qual resta atendida mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade”. O conteúdo essencial seria então “um instituto desvestido de sentido jurídico útil autônomo, podendo, no máximo, desempenhar um papel de reforço da exigência de justificação nas hipóteses em que os direitos sofram restrições severas”. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**, p. 371/375-376.

<sup>143</sup> Canotilho considera que a idéia de mínimo para existência como categoria jurídico-dogmática seria de pouca utilidade, justamente porque tal conceito teria sido superado pelos “princípios da justa medida e da razoabilidade”. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Estudo sobre direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed, 2008, p.262.

<sup>144</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, p. 459-460. No mesmo sentido, cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 296 e ss.

<sup>145</sup> GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn**, Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 331.

<sup>146</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**, p. 198 e ss.

ponderação de direitos deve ter um “fiel da balança”, de natureza absoluta e não infenso ao próprio processo de ponderação.

É justamente nessa função que surge a dignidade da pessoa humana como conteúdo essencial absoluto e padrão de ponderação de direitos.<sup>147</sup>

Ekkehart Stein, buscando a etimologia do termo dignidade da pessoa humana na língua alemã (*Menschenwürde*), afirma que “dignidade” (*würde*) deriva do adjetivo “valor” (*wert*), de modo que caracteriza a materialização de um valor intangível do ser humano, de natureza suprema, que não poderia ser objeto de ponderação com outros valores.<sup>148</sup> Sob o mesmo enfoque, Kai Möller observa que a dignidade da pessoa humana é tida como intocável (*unantastbar*) no ordenamento jurídico alemão, razão pela qual qualquer limitação à dignidade nunca pode ser justificada.<sup>149</sup>

Stephan Kirste, por sua vez, afirma que a proteção da dignidade da pessoa humana seria preexistente e anterior ao Estado e a seu ordenamento, e, por isso, seria absoluta, no sentido de “não poder ser ponderado com qualquer outro direito”<sup>150</sup> O compromisso com a dignidade humana, leciona Christoph Enders, “estabelece um parâmetro constitucional que marca a razão e fundação de todas as formas legais de liberdade (...) Portanto, não está aberto a qualquer abordagem de sopesamento, na tentativa de balancear interesses opostos”.<sup>151</sup>

Vale frisar que a compreensão da dignidade da pessoa humana como conteúdo essencial absoluto dos direitos fundamentais prestacionais não conflita com o entendimento

---

<sup>147</sup> Nesse sentido, cf. SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 73 e ss; SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: uma Análise do inciso III do Art. 1º da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Celso Bastos Editor – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 94 e ss.

<sup>148</sup> STEIN, Ekkehart. **Derecho Político**. Madrid: Aguilar, 1973, p. 237.

<sup>149</sup> Baseia-se o autor na distinção entre direito “inviolável” (*unverletzlich*) e intocável (*unantastbar*), sendo o primeiro entendido como direito sobre o qual cabe alguma interferência estatal, desde por força de uma justificação legítima, e o segundo como um direito em que qualquer interferência automaticamente implica violação desse direito. MÖLLER, Kai, the right to life between absolute and proportional protection. **LSE Legal Studies Working Paper** No. 13/2010, jun/ 2010. Disponível: <http://ssrn.com/abstract=1620377>

<sup>150</sup> KIRSTE, Stephan. A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito. In: SARLET, Ingo W. (Org.). **Dimensões da dignidade**, p. 182. Precisamente no mesmo sentido, cf. BRANCO, Paulo A. G.; COELHO, Inocêncio M.; MENDES, Gilmar F. **Curso de direito constitucional**. p. 150-151.

<sup>151</sup> ENDERS, Christoph. The Right to have rights: The concept of human dignity in German Basic Law. **Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do Direito**, n. 2. UNISINOS, jan/jun 2010, p. 1-8 . Na mesma orientação é o posicionamento de Daniel Sarmento: “nenhuma ponderação de bens pode implicar em amesquinha da dignidade da pessoa humana, uma vez que o homem não é apenas um dos interesses que a ordem constitucional protege, mas a matriz axiológica e o fim último desta ordem”. SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.76.

adotado dos direitos fundamentais como princípios jurídicos que consagram direitos *prima facie*, limitáveis à luz de fatores concretos por meio de ponderação.

Na verdade, essa concepção absoluta da dignidade se presta justamente a eliminar as críticas de que a ponderação acabaria por desvirtuar o perfil deontológico dos direitos fundamentais, que perderiam seu caráter de “dever ser” para assumir uma natureza do “que é bom ou melhor” dentro de uma orientação finalística<sup>152</sup>, deixando, por isso, um “modelo de normas obrigatórias de ação” para um “modelo de bens apetecíveis”, dentro de um “mascaramento teleológico dos direitos.”<sup>153</sup>

Assiste razão à Habermas quando afirma que os direitos fundamentais como mandatos de otimização acabam sendo emanções de bens e valores que no caso concreto irão competir com outros bens e valores. Isso, porém, não implica perda de seu sentido de normas obrigatórias de validade universal ou de sua força justificante na argumentação jurídica<sup>154</sup>, haja vista que a ponderação nunca poderá transpor os limites absolutos da preservação da dignidade humana.

A relativização do papel da dignidade na teoria dos direitos fundamentais levaria à consideração da dignidade com um mero “topos” dentre outros envolvidos na ponderação tópica de direitos fundamentais no caso concreto<sup>155</sup>, o que implicaria grande possibilidade de casuismo desenfreado, justificando as já apontadas críticas de Habermas à abertura dos direitos fundamentais ao juízo de ponderação<sup>156</sup>. Mais grave, poderia resultar numa flexibilidade exagerada dos direitos fundamentais, o que findaria mesmo por descaracterizá-los como princípios centrais do sistema constitucional.<sup>157</sup>

Isso não quer dizer que, em situações limite, determinado direito fundamental pode ser restrito ao ponto de quase sacrifício. Como bem lembra Melo Alexandrino, “não se pode excluir que os efeitos de redução exigidos por uma certa restrição não sejam levados ao seu ponto extremo”.<sup>158</sup> Não obstante, essa restrição não se justifica “com base pela preferência

---

<sup>152</sup> GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no Direito e na Moral**: justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004, p. 321-322.

<sup>153</sup> HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta; 2000, p. 329.

<sup>154</sup> Ibidem, p. 332

<sup>155</sup> SARLET, Ingo W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, p. 118.

<sup>156</sup> HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms**: contributions to a discourse theory of law and democracy. Cambridge: The MIT Press, 2001, p. 258-259.

<sup>157</sup> MARTINEZ-PUJALTE, Antonio Luis. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**, Madri: Centro de estudios constitucionales, 1997, p.29.

<sup>158</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais**: introdução geral. Estoril: Principia, 2007, p. 129.



particular do intérprete/aplicador, segundo uma análise de custo/benefício”<sup>159</sup> e sim dentro de um critério de avaliação racional e deontológica, em que a intensidade das restrições admissíveis são inversamente proporcionais à afetação da dignidade dos titulares dos direitos em embate.

Há de se ter em conta que, apesar de terem sua fundamentalidade material sempre radicada na dignidade, os direitos fundamentais voltam-se à proteção das múltiplas vertentes da personalidade humana (liberdade de expressão, de locomoção, de religião, direito de propriedade, direito à saúde, educação, etc.), diferenciando-se existencialmente entre si pelo âmbito de proteção que buscam atingir. Caso contrário, o sistema constitucional de proteção e promoção da pessoa humana poderia ser resumido em uma garantia geral de proteção da dignidade, a qual, todavia, não constitui direito fundamental autônomo justamente por sua natureza absoluta.<sup>160</sup>

Os direitos fundamentais como um todo traduzem, assim, princípios de caráter material, voltados à proteção de diversos aspectos da pessoa humana, que possuem um peso normativo próprio em cada caso concreto, cujos elementos não imediatamente ligados à dignidade humana podem e devem ser restringíveis quando de sua aplicação concreta, dentro dos parâmetros já discutidos neste estudo. Ainda assim, a restrição não poderá chegar ao ponto de transformar o titular do direito restringido a mero objeto, desprovido de autonomia, uma vez que “não há como transigir no que tange à preservação de sua essência, já que sem dignidade o ser humano estaria renunciando à própria humanidade.”<sup>161</sup>

---

<sup>159</sup> HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**, p. 332

<sup>160</sup> Cf. Título II, Cap. V.

<sup>161</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 112.

### III ATIVIDADE PRESTACIONAL, INDIVÍDUO E PESSOA HUMANA

A perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, a visão crítica de justiça distributiva como maximização utilitarista de bem-estar coletivo e a adoção da dignidade da pessoa humana como conteúdo essencial absoluto dos direitos prestacionais – temas que servem de base de fixação de um mínimo existencial e de parâmetro para a ponderação de direitos – remetem inexoravelmente à discussão do individualismo no contexto prestacional.

A importância do individualismo advém de sua relação simbiótica com a dignidade: enquanto a noção de dignidade é usualmente derivada da premissa do individualismo, a construção da própria idéia de individualismo tem a dignidade como valor central.<sup>162</sup> Tal relação é claramente demonstrada, *a contrario sensu*, pela observação das conseqüências para a dignidade da pessoa humana da adoção de um ideário de coletividade de matiz transpersonalista.<sup>163</sup> De acordo com esse paradigma, de inspiração marxista, o ser humano realizar-se-ia tão somente na coletividade, sendo os interesses individuais resguardados apenas a partir da salvaguarda do bem coletivo.

Todavia, uma defesa da supremacia geral e apriorística dos interesses e valores coletivos sobre os interesses e valores individuais resulta clara ignorância ou menosprezo da concepção de autonomia e do ser humano como fim em si mesmo. Como se sabe, a doutrina marxista fixa-se nas premissas do indivíduo visto como unidade econômica e fruto de um determinismo histórico, razão pela qual a ação individual seria sempre guiada por determinações, escolhas e finalidades externas, tornando o ser humano mero instrumento, e não autor, dos propósitos que busca.<sup>164</sup> Anota-se ainda que o “histórico de negação em larga escala de direitos humanos nos regimes marxistas demonstra que o marxismo com uma doutrina aplicada é igualmente destrutiva da dignidade humana”<sup>165</sup>

---

<sup>162</sup>DUMONT, L. **Essays on Individualism**: modern ideology in anthropological perspective. Chicago: The University of Chicago Press, 1986, p. 25. Segue o autor explicando que “a emergência do indivíduo como valor” deriva do “individualismo filosófico”, uma vez que “a razão, universal em princípio, é posta em prática por meio da pessoa em particular que a exercita”. Idem, p. 40.

<sup>163</sup> Jorge Miranda, baseando-se nas formulações de Gustave Radbruch, aponta o supra-individualismo como a concepção no qual prevalece como finalidade o bem coletivo, de ordem social, que se sobrepõe aos valores individuais; e o transpersonalismo como a concepção na qual prepondera a valorização de idéias, obras e instituições, independentemente das pessoas das quais vieram ou para as quais são destinadas. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV, p. 40. Miguel Reale agrupa ambas as concepções sob a alcunha de transpersonalismo. REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 277.

<sup>164</sup>SANDEL, Michael J. **Justice**: What’s the right thing to do? New York: Penguin Books, 2009, cap. 5

<sup>165</sup> GREEN, Sir Guy. Human Dignity and the Law. MALPAS, Jeff; LICKISS, Norelle (eds.). **Perspectives on human dignity**: a conversation. Dordrech: Springer, 2007, p. 156.

Para Marx, a própria noção de direitos do homem, derivada da dignidade kantiana, não ultrapassaria “o egoísmo do homem, do homem como membro da sociedade burguesa, isto é, do indivíduo voltado para si mesmo, para seu interesse particular, em sua arbitrariedade privada e dissociado da comunidade”.<sup>166</sup> Um transpersonalismo de viés marxista, então, acaba por inviabilizar, ainda em fase embrionária, qualquer menção a direitos fundamentais<sup>167</sup>, ao tratar as pessoas como meras unidades sociais em vez de indivíduos.

De fato, assiste razão a Karl Popper quando afirma que o individualismo faz “parte da antiga noção intuitiva de justiça. Essa justiça não é, como Platão teria defendido, a saúde e harmonia do Estado, mas sim um certo modo de tratar indivíduos, como enfatizado por Aristóteles (...) quando diz que justiça é algo que pertence às pessoas”.<sup>168</sup> Por isso, o individualismo é tido como “núcleo de todas as doutrinas éticas que surgiram em nossa civilização e a estimularam”, especialmente a kantiana, não havendo “nenhum outro pensamento que tenha sido tão poderoso no desenvolvimento moral do homem”.<sup>169</sup>

Reconhecendo sua importância, Max Weber defende o individualismo como preceito metodológico fundamental nas ciências sociais<sup>170</sup>, uma vez que a compreensão social por meio de ações individuais intencionais permitiria ao cientista social “a compreensão subjetiva das ações dos indivíduos” e, com isso, entender os fenômenos sociais de larga escala em que tais indivíduos estão envolvidos.<sup>171</sup>

Conforme visto, a dignidade inerente como padrão deontológico da atividade prestacional pressupõe o indivíduo como dotado de razão e vontade livres, que lhe permitem escolhas autônomas realizadas em função de suas preferências, experiências, crenças ou, conforme Kant, de imperativos categóricos auto-impostos.

Nesses termos, segundo Weber, os indivíduos agiriam no mundo a partir dessas motivações pessoais, consumindo ou transformando os recursos materiais existentes e interagindo com outros indivíduos na busca de influenciar seus valores e ações. Cada indivíduo escolhe sua conduta na busca sua satisfação pessoal<sup>172</sup> e o fenômeno social seria

---

<sup>166</sup>MARX, Karl. **A questão judaica**. 2. Ed. São Paulo: Moraes, 1991, p. 44.

<sup>167</sup>MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. p. 41.

<sup>168</sup>POPPER, Karl R. **The open society and its enemies**. London: Routledge Classics, 2011, p. 97-98 .

<sup>169</sup> Idem, loc. cit.

<sup>170</sup> O tema é desenvolvido por Weber em sua obra clássica “Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie” de 1922. Cf. WEBER, Max. **Economy and society: an outline of interpretative Sociology**. Berkeley: University of California Press, 1968.

<sup>171</sup> WEBER, Max. **Economy and society**, p. 15 .

<sup>172</sup> Essa busca de satisfação pessoal não deve ser o que não deve ser compreendida como sinônimo de egoísmo ou ganância. Isso porque os fins buscados pelo indivíduo “podem ser altruísticos, de interesse da

apenas uma decorrência dessas escolhas motivadas pelas circunstâncias individuais. Como corolário da noção do sujeito como agente de suas escolhas individuais, chega-se a uma postura de individualismo metodológico em que a coletividade e o próprio Estado são o “resultado e modos de organização de atos particulares de pessoas individuais”.<sup>173</sup>

Apesar de Weber defender expressamente que seria equivocado pensar que “uma metodologia individualista envolve o que é, em qualquer senso concebível, um sistema de valores individualista”<sup>174</sup>, é certo que essa metodologia remete a uma visão atomista de sociedade, na qual o entendimento das motivações individuais permitiria a dedução dos resultados sociais desses indivíduos. Assim, o indivíduo seria “um átomo irreduzível do corpo social, e a autoridade pública não pode alterar os valores individuais tanto quando um químico não pode alterar a estrutura interna dos átomos”.<sup>175</sup>

Parece claro também que a metodologia individualista é essencialmente ligada a uma visão liberal, haja vista que o Estado é relegado ao papel de reforçar o livre exercício dessas escolhas pessoais dentro de limites (fixados pelos direitos individuais) de interação social sem, contudo, exercer qualquer influência nos valores pessoais, nas escolhas individuais ou no resultado delas advindos.<sup>176</sup>

No campo jurídico, a acepção liberal clássica de individualismo implica o reconhecimento de que o direito “não trata de seres sociais, mas de indivíduos, ou seja, de homens que se bastam a si mesmos enquanto feitos à imagem de Deus e enquanto depositários da razão”, razão pela qual “os princípios fundamentais da constituição do Estado (e da sociedade) devem ser extraídos, ou deduzidos, das propriedades e qualidades inerentes no homem, considerado como um ser autônomo”.<sup>177</sup> O individualismo clássico enfatiza, com acerto, o sujeito como um ser autônomo cujas escolhas são independentes de preferências e finalidades.<sup>178</sup>

---

família, da empresa, ou do país a que cada indivíduo pertença. A maximização racional não significa que cada indivíduo esteja pensando só no seu bem-estar individual, sem levar em conta os grupos sociais a que está ligado.” LOPES, Simone A. O movimento de Direito e Economia. **Revista de Doutrina da 4ª Região**. n. 40. Porto Alegre, fev/2011. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br>. No mesmo sentido, cf. GICO JUNIOR, Ivo T. Metodologia e epistemologia da análise econômica do Direito, p. 25

<sup>173</sup> WEBER, Max. **Economy and society**, p. 13 .

<sup>174</sup> Ibidem, p. 18 .

<sup>175</sup> MOULIN, Hervé J. **Fair division and collective welfare**, p. 3 .

<sup>176</sup> Ibidem, p. 4 .

<sup>177</sup> DUMONT, Louis. **O individualismo: uma perspectiva antropológica da sociedade moderna**. Rio de Janeiro: Rocco, 1993, p. 87.

<sup>178</sup> Segundo Rawls, “não são nossos objetivos que revelam primeiramente nossa natureza, mas sim os princípios que reconheceríamos como reguladores das condições básicas nas quais esses objetivos devem

Todavia, ao mesmo tempo em que não se pode aceitar uma acepção transpersonalista de dignidade, uma visão individualista da dignidade nos estritos moldes do liberalismo clássico - em que o indivíduo é considerado “independentemente de todo e qualquer vínculo social ou político”<sup>179</sup> - apresenta problemas, por falhar em considerar os elementos de “comunidade, solidariedade e associação” inerentes à vida social.<sup>180</sup>

Antes de adentrar propriamente nas alternativas proporcionadas pela idéia de dignidade social a esses problemas, cumpre examinar duas importantes repercussões do individualismo sobre atividade prestacional do Estado: sua função de base para o estabelecimento de um sistema baseado em direitos individuais e sua aplicação como preceito metodológico para a distribuição de bens e serviços pelo Estado.

## 1 DIREITOS PRESTACIONAIS COMO “TRUNFOS” INDIVIDUAIS

É certo que a visão da atividade prestacional do Estado sob o foco da eficiência puramente econômica ou mesmo de uma justiça distributiva de viés utilitarista negligencia a fundamental importância do indivíduo. Nessa visão, ele acaba por ser tratado como apenas uma simples peça no somatório de preferências finalísticas, que é o que realmente importaria para promover o fim coletivo de eficiência econômica ou de bem-estar. A instituição de direitos e sua alocação seriam justificadas apenas instrumentalmente, na medida em que promovessem tais finalidades coletivas.<sup>181</sup> Por conseguinte, a capacidade de cada um de escolher por si próprio seus objetivos de vida seria inteiramente condicionada pelos valores de terceiros, vulnerando sua autonomia e, portanto, sua dignidade como ser humano.<sup>182</sup>

A afirmação liberal da importância do indivíduo fixa uma forte oposição a essa visão. Baseados numa tradição de ênfase na autonomia pessoal e liberdade política, o individualismo liberal “inclina a balança da justiça em favor dos indivíduos” quando seus interesses são

---

ser formados e o modo pelo qual eles devem ser buscados”. RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Ed. Martins Fontes. São Paulo, 2002, p. 623.

<sup>179</sup> DUMONT, Louis. **O individualismo**, p. 87.

<sup>180</sup> SANDEL, Michael J. **Public Philosophy**, p. 152.

<sup>181</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 362.

<sup>182</sup> Nos termos da visão kantiana de dignidade já explanada, na qual “o que importa, acima de tudo, não são os fins que escolhemos, mas nossa capacidade de escolhê-los. E essa capacidade, sendo superior a qualquer finalidade específica que possa afirmar, reside no sujeito.” SANDEL, Michael J. **Liberalism and the limits of justice**. 2. Ed. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 1998, p. 6-7.

conflitantes com interesses comunitários, fazendo isso por meio de direitos individuais que “limitam a abrangência do governo ao remover certos assuntos da seara política ordinária”.<sup>183</sup>

Note-se, nesse ponto, que a construção da já assinalada tese de Ronald Dworkin de princípios como normas jurídicas é voltada justamente a “ênfatizar a velha idéia dos direitos humanos individuais”, combatendo uma visão utilitarista que “rejeita a idéia de que os indivíduos podem ter direitos contra o Estado”.<sup>184</sup>

Conforme visto, Dworkin defende os princípios como instrumentos de uma indispensável introdução das “exigências de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”<sup>185</sup> no sistema jurídico. Por isso, as teorias políticas não deveriam basear-se na meta de aumento do bem-estar geral, mas sim na fundamentalidade de direitos individuais e de seus titulares, os quais não podem estar sujeitos a qualquer cálculo utilitarista por parte do Estado.<sup>186</sup>

Segundo Dworkin, um “conceito anti-utilitarista de um direito” resume-se na afirmação de que “se uma pessoa tem um direito a alguma coisa, então é errado que o governo a prive desse direito, mesmo que seja do interesse geral proceder assim”.<sup>187</sup> Esse “conceito anti-utilitarista” de direitos funda-se na distinção que Dworkin faz entre metas coletivas e políticas (*policies*), por um lado, e direitos e princípios, de outro.

As metas ou objetivos coletivos consistem em “justificação política genérica” para adoção de uma decisão que promova e proteja um determinado estado de coisas “cuja especificação não requer a concessão de nenhuma oportunidade particular, nenhum recurso ou liberdade para indivíduos determinados”.<sup>188</sup> Exemplo de meta coletiva é a eficiência econômica, que “exige a distribuição de oportunidades e responsabilidades que possam produzir o maior benefício econômico agregado”.<sup>189</sup> Tais metas coletivas são consagradas juridicamente por standards de política (*policy*), pela qual se “estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (...)”.<sup>190</sup>

---

<sup>183</sup> COOTER, Robert D. **The strategic Constitution**, p. 371 .

<sup>184</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. XIV.

<sup>185</sup> Ibidem, p. 36.

<sup>186</sup> Ibidem, p. 263-269.

<sup>187</sup> Ibidem, p. 414.

<sup>188</sup> Ibidem, p. 142.

<sup>189</sup> Ibidem, p. 143.

<sup>190</sup> Ibidem, p. 36. Segundo o autor, os argumentos de política podem ser divididos entre argumentos de política utilitarista e argumentos de política ideais: “os argumentos de política utilitarista argumentam que a comunidade como um todo estará em melhor situação porque um maior número de seus cidadãos terá,

Os direitos individuais, em contrapartida, traduzem um “objetivo político individuado”<sup>191</sup> cuja força não depende de seu poder de promover alguma meta coletiva e que deve servir com base da teoria política. Sem a necessidade de renovar a argumentação já exposta sobre o assunto<sup>192</sup>, basta lembrar que os direitos são veiculados por meio de princípios, que nada mais são senão “proposições que descrevem direitos”.<sup>193</sup>

Diferenciam-se, assim, os argumentos de política - que justificam uma decisão política voltada a fomentar ou proteger objetivos coletivos de toda a comunidade – dos argumentos de princípio, os quais justificam uma decisão política voltada a proteção e respeito de direitos individuais.<sup>194</sup>

A distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política é essencial à tese da teoria política de Dworkin por fixar a primazia dos direitos individuais em face das metas coletivas, uma vez que os primeiros não poderiam ser condicionados à realização de um bem-estar geral da comunidade ou ao alcance de um objetivo coletivo estabelecido por um argumento de política, seja de ordem utilitarista ou ideal. Como consequência, os limites ao exercício de um direito individual não poderiam jamais ser justificados por meio de argumentos de política.<sup>195</sup>

Surge daí a sempre recorrente metáfora de Dworkin de direitos compreendidos deontologicamente<sup>196</sup> “como trunfos sobre algumas justificações de fundo para decisões políticas que estabelecem um meta para a comunidade como um todo”.<sup>197</sup> Assim, tal qual um trunfo num jogo de cartas, os direitos individuais sempre prevaleceriam sobre qualquer argumento de política em virtude de sua particular força, independentemente de consideração do “valor de face” da carta política.<sup>198</sup>

---

em geral, mais daquilo que deseja, ainda que alguns deles venham a ter menos. Por outro lado, os argumentos de política ideais sustentam que a comunidade estará em melhor situação não porque um maior número de seus membros terá mais daquilo que deseja, mas porque a comunidade estará, de algum modo, mais próxima de uma comunidade ideal, pouco importando se seus membros desejam ou não tal melhoria”. Idem, p. 366.

<sup>191</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 142.

<sup>192</sup> Título I, Cap. II, 2

<sup>193</sup> Em oposição a diretrizes políticas, que são “proposições que descrevem objetivos”. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 129.

<sup>194</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 131.

<sup>195</sup> Ibidem, p. 421.

<sup>196</sup> A teoria de Dworkin, segundo Hart, é representativa de uma “concepção deontológica dos direitos”. HART, Herbert L. A. **Entre utilidad y derechos**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 2003.

<sup>197</sup> DWORKIN, Ronald. Rights as trumps. In: WALDRON, Jeremy. **Theories of rights**. Oxford: Oxford University Press, 1984, p. 153.

<sup>198</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Ed., 2006. p. 17.

A noção de direitos individuais como trunfos baseia-se claramente na visão liberal de dignidade como autonomia, uma vez que garantiriam aos indivíduos a possibilidade de se determinar segundo as suas próprias concepções e planos de vida e não se sujeitar a concepções ou planos de vida com maior aceitação social, por mais valiosas que sejam tidas pela maioria, ainda que democraticamente formada.<sup>199</sup>

Nesses termos, o direito como trunfo transforma-se em escudo do indivíduo, que, por ser dotado de dignidade, não pode ter suas posições individuais perante o Estado subjugadas por esse mesmo Estado, ainda que democraticamente legitimado, agindo no intuito de impor visões majoritárias da vida consideradas como superiores.<sup>200</sup>

Há de se notar, todavia, que a tese de Dworkin de direitos como trunfos contra a maioria é claramente baseada na percepção norte-americana de direito individual<sup>201</sup>, que não abrange direitos de natureza prestacional, notadamente no campo social. Assim sendo, a idéia de direitos como trunfo remete claramente à noção de direitos fundamentais como direitos de defesa contra intervenções do Estado. Direitos como trunfos são, pois, aqueles que defendem a esfera individual de liberdade e autonomia contra decisões políticas que lhe tragam restrições baseadas no interesse do bem da maioria ou numa peculiar percepção de boa vida.<sup>202</sup>

A tese não merece qualquer reparo, por exemplo, quando examinada à luz do direito de liberdade de expressão, pois parece evidente que a comunicação de pensamentos, informações, opiniões ou comunicações não verbais de cada indivíduo deve ser tida como tão valiosa quando a de qualquer outro, mesmo que essas expressões venham de encontro àquelas de maiorias políticas, sociais, culturais ou religiosas.<sup>203</sup>

Todavia, no campo dos direitos prestacionais, os argumentos de princípios e os argumentos de política não são passíveis de uma distinção tão clara e definida quanto aquela defendida por Dworkin. Isso se demonstra, por exemplo, a partir do exame da hipótese de

---

<sup>199</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**, p. 30-31.

<sup>200</sup> Ibidem, p. 28.

<sup>201</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 414.

<sup>202</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**, p. 28.

<sup>203</sup> Segundo Dworkin, “o governo não está autorizado, por exemplo, a restringir a liberdade de expressão sempre que lhe parecer que isso contribuirá para o aumento do bem-estar geral. (...) Essa idéia – a de que os direitos individuais podem conduzir à utilidade geral – pode ou não ser verdadeira, mas ela é irrelevante para a defesa dos direitos enquanto tais, pois quando afirmamos que alguém tem um direito de expressar livremente suas opiniões, no sentido político relevante, queremos dizer que ele tem o direito de fazê-lo, mesmo quando isso não for de interesse geral. Se queremos defender os direitos individuais no sentido em que os reivindicamos, devemos tentar descobrir alguma coisa que, além da utilidade, sirva de argumento em favor deles.” DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 421. No mesmo sentido, cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**, p. 31.



um indivíduo que requer do Estado o fornecimento de um tratamento de saúde experimental ou de alto custo.

Partindo-se da premissa do direito à saúde como direito fundamental subjetivo – como no caso brasileiro – surgem fundadas dúvidas se tal direito pode ser interpretado dentro da acepção de trunfo, uma vez que claramente não se trata de uma defesa contra o Estado, mas de um direito a ser exercido por meio dele. Do mesmo modo, não se pode determinar com clareza se considerações acerca de escassez ou mesmo das repercussões de tal prestação em face das finanças públicas ou de prestações de saúde de terceiros podem ser considerados argumentos de política ou de princípio. Isso porque o direito à saúde como princípio pode ser interpretada como expressão de um objetivo social – no sentido de uma sociedade em que ninguém deva ser privado do acesso a serviços de saúde – e a preocupação com as finanças públicas de saúde como diretriz política pode ser considerada como meio de garantia de acesso a serviços de saúde para todos como direito.

Vislumbra-se assim que “as esferas do princípio e da política não são distintas e mutuamente opostas, mas irremediavelmente entrelaçadas”, pois “expressar a conveniência de alguma meta geral de política é enunciar um princípio. Enunciar um princípio é estruturar uma possível meta política”.<sup>204</sup>

Pode-se estabelecer, portanto, que direitos fundamentais prestacionais aparecem como princípios cujo objeto traduz direitos individuais. Todavia, por serem efetivados por meio de políticas públicas sociais, necessariamente referem-se a bens e metas coletivas.

Considerando que o peso de cada uma dessas vertentes na realização concreta da atividade prestacional estatal liga-se claramente “à extensão que determinado sistema outorga ao individualismo”<sup>205</sup>, a tese de direitos como trunfos acaba por enfrentar dificuldades no campo prestacional, uma vez que uma visão predominantemente individualista da dignidade humana finda não somente por trazer dificuldades para a comunidade como um todo, mas

---

<sup>204</sup> MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes; 2006, p. 343-344. Vale anotar que o próprio Ronald Dworkin admite, em muitos de seus escritos, que realmente não é tão simples determinar-se quando uma decisão é tomada segundo considerações de princípios ou de políticas. Diz o autor: “a distinção pode entrar em colapso interpretando-se um princípio como a expressão de um objetivo social (isto é, o objetivo de uma sociedade na qual nenhum homem beneficia-se de seu próprio delito), ou interpretando-se uma diretriz política (policy) como a expressão de um princípio (isto é, o princípio de que o objetivo que a contém é meritório) ou adotando-se a tese utilitarista segundo a qual os princípios de justiça são enunciados disfarçados de objetivos (assegurar a maior felicidade para o maior número). Em alguns contextos, a distinção tem usos que se perdem quando entra em colapso dessa maneira”. DWORKIN, Ronald. The model of rules. **University of Chicago Law Review**, n. 14, 1967, p. 23. No mesmo sentido, cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 456-460.

<sup>205</sup> ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy. **Doxa** n° 24, 2001, p. 677.

também repercussões gravosas aos próprios direitos fundamentais prestacionais e, conseqüentemente, à proteção e promoção da dignidade humana individual.

Assim, o influxo da metodologia individualista na concepção de justiça distributiva de prestações estatais baseada na dignidade, cuja má interpretação pode findar por vulnerar o próprio padrão deontológico que visa a preservar.

## 2 ATIVIDADE PRESTACIONAL COMO “JOGO COOPERATIVO”

O exame mais acurado da justiça distributiva na atividade prestacional remete-nos novamente ao campo da análise econômica do Direito<sup>206</sup>, tema já discutido no contexto dos limites da atividade prestacional do Estado.<sup>207</sup> Da mencionada premissa de um *homo economicus* como agente de escolhas racionais no ambiente de escassez decorre a noção de que tais escolhas seriam voltadas unicamente para seu bem-estar individual<sup>208</sup>.

Considerando a analogia de direitos fundamentais como trunfos em jogos de cartas, nada é mais adequado do que aprofundar essa temática à luz da chamada “teoria dos jogos”, examinando a atividade prestacional à luz de preceitos econômicos e com base nas interações dos indivíduos em sociedade com o outro e com a coletividade.

Segundo a doutrina tradicional de Direito e Economia, a compreensão do Direito por meio de preceitos econômicos depende primeiramente de se “compreender os comportamentos individuais dos agentes que compõem a coletividade estudada (seja ela o Judiciário, a sociedade ou o Estado) e que, em última análise, serão responsáveis pelo resultado macro que desejamos compreender.”<sup>209</sup> Desse modo, “fenômenos coletivos devem ser explicados apenas como o resultado agregado de escolhas individuais” e “os efeitos de determinada norma sobre o bem-estar coletivo podem e devem ser apreciados sob a perspectiva da soma das respostas individuais a tais normas”.<sup>210</sup>

---

<sup>206</sup> A ligação da metodologia individualista weberiana e as ciências sociais interpretativas foi pioneiramente fixada por Friedrich von Hayek. Cf. HAYEK, F. *Scientism and the study of society*. In: HAYEK F. **The counter-revolution of science: studies on the abuse of reason**. London: Glencoe Collier-Macmillan, 1955, p. 11-94.

<sup>207</sup> Cf. Título IV, Cap. III, 1.

<sup>208</sup> Nessa acepção, “o indivíduo sopesa, portanto, como determinada conduta sua poderá refletir em seu bem-estar, adequando então suas decisões para assim atingir o máximo de satisfação possível, excluída daqui qualquer consideração comunitária”. LEAL, Rogério Gesta. **Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios**. Brasília : ENFAM, 2010, p. 54-55.

<sup>209</sup> GICO JUNIOR, Ivo T. *Metodologia e epistemologia da análise econômica do Direito*, p. 24.

<sup>210</sup> LEAL, Rogério Gesta. **Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais**, p. 54.

Aplicada aos direitos prestacionais, essa metodologia individualista gera graves conflitos entre os interesses individuais e coletivos e entre interesses individuais concorrentes. As escolhas prestacionais que têm em conta exclusivamente o indivíduo autonomamente considerado acaba trazendo conseqüências penosas para a comunidade globalmente considerada, para terceiros que busquem os mesmos direitos prestacionais e, de forma difusa, para o próprio indivíduo originalmente considerado.

A compreensão desse problema perpassa pela conhecida “teoria dos jogos”<sup>211</sup>, cuja aplicação original ao estudo dos jogos de salão atualmente estende-se para as esferas econômicas, políticas e também jurídicas.<sup>212</sup>

A teoria dos jogos é, em essência, um estudo formal matemático e cuja fundamentação depende de algum conhecimento de teoria matemática.<sup>213</sup> Contudo, considerando o foco deste estudo – e a usual baixa afinidade de juristas com o mundo matemático – opta-se por uma simplificação acentuada do debate para enfatizar de forma resumida pontos da teoria dos jogos que sejam relevantes para o entendimento da extensão do papel individual no âmbito da atividade prestacional do Estado.<sup>214</sup>

A teoria dos jogos permite averiguar as interações de interesses na vida coletiva, uma vez que as decisões alocativas trazem inevitáveis repercussões tanto para o indivíduo beneficiado quanto para aqueles excluídos da prestação. Tais interações são representadas como um “jogo”, que nada mais é senão uma representação simplificada de situações reais em que escolhas racionais são realizadas estrategicamente para maximizar os interesses do jogador. Tais escolhas levam em consideração as reações de outros jogadores envolvidos na questão, de cujas ações dependem os respectivos *payoffs* estratégia adotada.<sup>215</sup>

---

<sup>211</sup> A “teoria dos jogos” tem seu marco inicial usualmente determinado pela obra *Theory of games and economic behavior*, do matemático John von Neumann e do economista Oskar Morgenstern. Cf. MORGESTERN, O.: NEUMANN, J. **Theory of games and economic behavior**. Princeton: Princeton University Press, 1944. Disponível em: <https://archive.org/details/theoryofgamesand030098mbp>

<sup>212</sup> Como bem destacam Cooter e Ulen, “a teoria dos jogos trata de qualquer situação em que estratégia é importante. A teoria dos jogos pode, conseqüentemente, aumentar nossa compreensão de algumas normas e instituições jurídicas”. COOTER, Robert D.; ULEN, Thomas. **Law & economics**, p. 33.

<sup>213</sup> McCAIN, Roger A. **Game theory and public policy**. Northhampton: Elgar, 2009, p. 8.

<sup>214</sup> Sobre a aplicação da teoria dos jogos em questões de filosofia moral, vale destacar as observações de Hausman e McPherson: “O objeto de estudo da teoria dos jogos no quais estamos interessados – interações humanas – é também o objeto de estudo da ética, e os problemas encontrados por jogadores são frequentemente problemas morais. (...) A teoria dos jogos é particularmente relevante para a filosofia moral em sua reavaliação dos tipos de problemas de interação com os quais os princípios morais devem lidar.” HAUSMAN, Daniel M.; McPHERSON, Michael S. **Economic analysis, moral philosophy and public policy**, p. 239.

<sup>215</sup> FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos: com aplicações em economia, administração e ciências sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2009, p. 3; COOTER, Robert D.; ULEN, Thomas. **Law & economics**, p. 33.

O enfoque estritamente individualista da atividade prestacional traduz um jogo competitivo, em que as necessidades individuais de obter uma prestação estatal fazem com que o indivíduo busque sempre o maior ganho possível para si, mesmo que isso se dê em detrimento de terceiros. Essa postura, embora pareça ser a mais vantajosa para o indivíduo, traz conseqüências gravosas para todos, inclusive para aqueles que são imediatamente beneficiados por uma escolha alocativa. Tal conclusão é demonstrada claramente pelo exemplo do “Dilema do Prisioneiro”, sempre invocado na discussão da teoria dos jogos.

Imagine-se o caso de dois indivíduos que são presos como supostos cúmplices de um crime. Ambos são postos em celas separadas, sem qualquer comunicação entre si. A autoridade policial – e apenas ela – sabe não haver provas suficientes para a condenação, mas ainda assim propõe aos prisioneiros um acordo: caso um deles confesse o crime e o outro não, o confessor será apenado com apenas seis meses de prisão por sua colaboração, enquanto o outro receberá uma pena de sete anos de prisão (sendo evidentemente válida a recíproca); caso os dois confessem, receberão ambos apenas cinco anos de prisão. Apesar de tal fato não ser de seu conhecimento, o silêncio de ambos os prisioneiros findará por permitir que saiam livres, pois, como visto, não há provas suficientes para a condenação.

Nesses termos, a confissão é, à luz da teoria dos jogos, a estratégia mais vantajosa. Isso porque o indivíduo que confessa garante para si pelo menos dois anos a menos de prisão, podendo chegar ao mínimo de seis meses, sem ao mesmo tempo ficar exposto às conseqüências da conduta adotada pelo outro. Considerando que os dois prisioneiros terão o mesmo raciocínio, ambos devem adotar a mesma estratégia de confessar, sendo-lhes imputada, como conseqüência, a pena de cinco anos de prisão.<sup>216</sup>

No caso específico, a falta de comunicação entre os prisioneiros e a ausência de conhecimento de todas as circunstâncias fáticas envolvidas – a ausência de provas suficientes para a condenação – implica inevitavelmente a adoção de uma visão estritamente individualista que fixa a confissão como estratégia dominante. Nesses termos, nenhum dos prisioneiros pode sair-se melhor com a adoção de outra estratégia, desde que o outro também não altere a sua, sendo atingido assim o chamado “equilíbrio de Nash”.<sup>217</sup>

---

<sup>216</sup> Sobre o dilema do prisioneiro, em diversas versões, cf. KUHN, Steven. Prisoner's dilemma. In: ZALTA, Edward N. (ed). **The Stanford encyclopedia of Philosophy**. Disponível em: <http://plato.stanford.edu>.

<sup>217</sup> COOTER, Robert D.; ULEN, Thomas. **Law & economics**, p. 35. Segundo John Nash, um ponto de equilíbrio é todo aquele que seja o encontro das estratégias ótimas de cada jogador com as dos adversários. Cf. NASH, J. Non-Cooperative Games. **The Annals of Mathematics**, n. 54, 1951, p. 286-295.

Embora se reconheça que uma visão individualista e competitiva é inevitável nas circunstâncias peculiares do dilema do prisioneiro, chama atenção o fato de que a melhor estratégia geral, que implicaria uma eficiência no sentido paretiano<sup>218</sup>, nasceria de uma ação cooperativa entre os prisioneiros. Caso ambos calassem, tal estratégia levaria a liberdade plena para os dois prisioneiros, melhor resultado para todos e para cada um.

Surge então a percepção de que interações individuais não cooperativas no âmbito coletivo acabam por trazer efeitos nocivos tanto para a coletividade quanto para o próprio indivíduo. Tal conclusão é verificável por meio do que se conhece usualmente como “tragédia dos comuns”.

Considere-se como cenário um grupo de colegas de trabalho que decida jantar em um restaurante e dividir igualmente a conta. Um membro do grupo nota que, independentemente do que irá comer ou beber, pagará sempre o mesmo percentual do total e resolve pedir o prato e o vinho mais caros do cardápio. Racionalmente, percebe que isso lhe trará uma refeição muito melhor com um incremento mínimo em sua quota de pagamento. Todavia, sendo essa a estratégia dominante do ponto de vista individual, todos os demais acabam por fazer o mesmo, implicando, ao final, um valor individual muito superior ao que usualmente pagaria o indivíduo, além de uma conta excessiva para o grupo como um todo. Esse prosaico exemplo indica os problemas decorrentes de uma exploração racional – do ponto de vista puramente individual – de recursos coletivos.

O desenvolvimento formal pioneiro da idéia da tragédia dos comuns deve-se ao ecologista Garret Hardin, que a demonstrou pela análise da situação em que vários fazendeiros dividem um mesmo pasto para alimentar seu gado.

Racionalmente, a melhor estratégia de cada fazendeiro é colocar o maior número possível de cabeças de gado no espaço comum, de modo a maximizar seus ganhos individuais. Mais uma vez, sendo essa a estratégia dominante, todos os fazendeiros procederão da mesma forma, o que acarretará o pior resultado possível para cada um e para a coletividade: o pasto será destruído pelo excesso de gado, o gado morrerá sem alimento, todos os fazendeiros terão prejuízos e a comunidade não terá acesso a leite, carne, couro, etc. Nessas circunstâncias, afirma então Hardin que a tragédia traduz-se no fato de que “cada homem está trancado em um sistema que o compele a aumentar seu rebanho sem limites – num mundo que é limitado. Ruína é o destino para o qual todos os homens correm, cada um

---

<sup>218</sup> Cf. Título IV, Cap. III, 2, 2.1

perseguindo seu próprio interesse em uma sociedade que acredita na liberdade dos comuns”<sup>219</sup>

Ao se tomar a atividade prestacional do Estado sob o ponto de vista estritamente individualista, essa tragédia dos comuns reproduz-se claramente.

Retornando o exemplo do pedido de fornecimento estatal de um tratamento experimental de saúde de alto custo, a estratégia racional do ponto de vista do indivíduo é requerer, com base no direito fundamental prestacional subjetivo à saúde, todo e qualquer cuidado médico disponível para sua enfermidade, independentemente de seu custo ou mesmo da comprovação de sua eficácia para o combate da doença que o aflige. Tal conduta certamente é a que lhe traz mais vantagens, pois, sem que lhe seja exigido nada, tem a oportunidade de cura. Sendo essa claramente a estratégia dominante do ponto de vista individual, todos os demais indivíduos tendem a agir igualmente no sentido de pleitear todo e qualquer tratamento ou medicamento.

Ocorre que, conforme destacado, o montante de recursos financeiros e materiais estatais disponível para sua atividade prestacional é essencialmente limitado e deve ser utilizado em benefício de todos. Por conseguinte, o resultado possível de uma estratégia estritamente individualista é o colapso do próprio sistema de saúde pública, com consequências nefastas para o todos, inclusive para aqueles que receberam os tratamentos de alto custo. Configura-se assim “um exemplo evidente de uma «tragédia dos comuns», que pode ser gerada pela reprodução de condutas não cooperativas em ações que envolvem a coletividade”.<sup>220</sup>

A fim de se evitar que a exploração individual de recursos coletivos desemboque na tragédia dos comuns, a atividade prestacional do Estado deve ser compreendida e promovida como um jogo cooperativo. J.J. Rosseau, quase dois séculos antes do advento da teoria dos jogos, provê um breve exemplo referente aos problemas enfrentado por homens primitivos que participavam de uma caçada de veado, antes mesmo da formação das primeiras sociedades<sup>221</sup>:

---

<sup>219</sup> HARDIN, Garret. Tragedy of commons. **Science**, Vol. 162, n. 3859, dec/1968, p.1243-48. Disponível em: [http://www.garretthardinsociety.org/articles/art\\_tragedy\\_of\\_the\\_commons.html](http://www.garretthardinsociety.org/articles/art_tragedy_of_the_commons.html)

<sup>220</sup> ALCÂNTARA, Gisele C. Sampaio. Judicialização da saúde: uma reflexão à luz da teoria dos jogos. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XVI, n. 57, maio./ago. 2012, p. 88-94. No mesmo sentido, cf. AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**, p. 82 e ss.

<sup>221</sup> ROSSEAU, J.J. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**, 1775. Disponível em: [http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000053.pdf\(itálico nosso\)](http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000053.pdf(itálico nosso))

Eis como os homens puderam, insensivelmente, adquirir uma idéia grosseira dos compromissos mútuos e da vantagem de os cumprir, mas somente na medida em que podia exigi-lo o interesse presente e sensível; porque a previdência nada era para eles; e, longe de se ocuparem com um porvir afastado, nem mesmo pensavam no dia seguinte. *Se se tratava de pegar um veado, cada qual sentia bem que, para isso, devia ficar no seu posto; mas, se uma lebre passava ao alcance de algum, é preciso não duvidar de que a perseguia sem escrúpulos e, uma vez alcançada a sua presa, não lhe importava que faltasse a dos companheiros.*

O desenvolvimento desse pequeno trecho de Rousseau à luz da teoria dos jogos permite uma interessante conjuntura para o estudo das vantagens de interações estratégicas cooperativas em relações sociais continuadas.

No exemplo, um grupo de cinco caçadores localiza um grande veado, encurralando-o. Enquanto todos lutam para dominar o animal, um dos caçadores avista uma pequena lebre. Racionalmente, o caçador conclui que suas chances de capturar a lebre são maiores, e, para isso, não depende da cooperação de outros. Pensa também que, se ele não buscar a lebre, outro caçador do grupo poderá fazê-lo, razão pela qual decide abandonar seu posto para persegui-la. Sua saída, todavia, abre um espaço suficiente para que o veado escape, deixando todos os demais sem comida.<sup>222</sup>

Note-se, nessa situação, que o caçador que abandona o posto corre o risco de não capturar a lebre. Mesmo que consiga seu intuito e se alimente, a quantidade e qualidade do alimento que lhe caberia em sua porção de carne do veado excederia o valor nutricional da pequena lebre capturada. Além disso, é provável que, nas inevitáveis situações futuras de caça, os demais caçadores excluam do grupo aquele que os abandonou, enfraquecendo o grupo e o próprio indivíduo, que restarão impedidos de caçar animais de grande porte.

Logo, os ganhos advindos da cooperação são muitos<sup>223</sup>, notadamente em interações coletivas continuadas e complexas que caracterizam a sociedade contemporânea, do que se possa inferir que, no processo evolutivo humano, a própria moralidade surja como uma convenção social derivada da interação repetida entre sujeitos racionais e individualistas.<sup>224</sup>

Um jogo cooperativo deve abstrair “procedimentos e questionamentos quanto à forma de cada jogador pode melhor manipular o jogo para seu próprio benefício” para

---

<sup>222</sup> Sobre o exemplo, com maior desenvolvimento no contexto da teoria dos jogos, cf. SKYRNS, Brian. **The stag hunt and the evolution of social structure**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

<sup>223</sup> Numa situação de isolamento e competitividade, lembra Thomas Hobbes que a “a vida do homem é solitária, pobre, sórdida, selvagem e curta”. HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1651, 2008, Parte I, capítulo 13.

<sup>224</sup> HAUSMAN, Daniel M.; McPHERSON, Michael S. **Economic analysis, moral philosophy and public policy**, p. 239.

“concentrar-se nas possibilidades de acordo” entre os jogadores. A ênfase deixa de ser o indivíduo para ser a coalizão do grupo.<sup>225</sup>

Voltando ao foco principal deste estudo, observa-se a própria existência do Estado deriva, de acordo com a tradição filosófica de Locke e Kant, de um contrato social originário, abstrato e voluntário, voltado a preservar as garantias de liberdade, segurança e propriedade.

Nesses termos - e à luz da teoria dos jogos - o Estado adquire a expressão de uma coalizão cooperativa de jogadores, que optam por uma proteção mútua contra agressão de terceiros que não pertençam ao grupo e aceitam a imposição de sanções aos membros que descumprirem as normas auto-impostas pelo grupo a fim de manter a coalizão. Volta-se ainda a realizar atividades que sejam de interesse mútuo de seus membros, dentre as quais se inclui a execução de políticas públicas prestacionais.

Cumprir frisar que o Estado surge também como gestor e garantidor da própria coalizão cooperativa que personifica, ao fixar, por meio do ordenamento jurídico, parâmetros para a tomada de decisão alocativas eficientes.<sup>226</sup> A manutenção de um jogo cooperativo estatal depende ainda da garantia de que todos os membros do Estado sejam efetivamente “jogadores”, no sentido de participarem ativamente das decisões do grupo<sup>227</sup>, bem como da transparência na comunicação dos fatores que as influenciam.<sup>228</sup>

Diante disso, a atividade prestacional estatal como um jogo cooperativo desenvolve-se apenas em uma sociedade democrática, pautada pela dignidade da pessoa humana. Nesses termos, deve orientar-se não pelo maior ganho possível para cada indivíduo, mas sim pela maior possibilidade de acordo possível entre os membros da sociedade. Deve focar-se na justiça da distribuição dos recursos escassos entre seus membros por meio da formação de uma coalizão entre eles, por meio da qual se firme uma estratégia comum capaz de trazer melhores resultados para o grupo e, por decorrência, para cada um de seus componentes.<sup>229</sup>

---

<sup>225</sup> AUMANN, Robert J. Game theory. **Collected papers**, Vol. I. Boston: Boston: Massachusetts Institute of Technology, 2000, p. 55 .

<sup>226</sup> McCAIN, Roger A. **Game theory and public policy**. Northhampton: Elgar, 2009, p. 233.

<sup>227</sup> Ibidem, loc. Cit.

<sup>228</sup> Acerca da importância da comunicação entre os jogadores para fins de desenvolvimento e manutenção de interações estratégicas cooperativas, cf. AXELROLD, Robert. **The evolution of cooperation**. New York: Basic Books, 1985; AUMANN, Robert. J.; HART, S. Long cheap talk. **Econometrica**. Vol. 71, n.6, nov/2003, p. 1619–1660.

<sup>229</sup> McCAIN, Roger A. **Game theory and public policy**. Northhampton: Elgar, 2009, p. 17.



### 3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO CONTEXTO COLETIVO

Não se duvida que o ser humano deva ser tomado como um fim em si mesmo e que ele representa a justificativa da própria existência do Estado. Por isso, ações ou omissões estatais que violem a dignidade da pessoa humana são e sempre serão filosoficamente ilegais e juridicamente inconstitucionais, independentemente de sua eficiência econômica, de conseqüências positivas que tragam para o Estado ou de uma noção difusa de maximização de bem-estar coletivo. A dignidade permanece, portanto, como parâmetro deontológico de justiça distributiva e conteúdo essencial absoluto e inviolável dos direitos fundamentais prestacionais.

Todavia, apesar de se ter afirmado a importância do indivíduo e de seu valor inerente derivado da dignidade humana, os problemas decorrentes de uma interpretação da atividade prestacional do Estado à luz de um individualismo exacerbado e dissociado de elementos de coordenação coletiva são realidades que não podem ser ignorados, sem que, com isso, seja necessário o abandono da deontologia em prol de uma perspectiva utilitarista ou consequencialista.<sup>230</sup>

As ponderações quanto aos resultados danosos de uma estratégia estritamente individualista surgem, na verdade, em face da própria dignidade da pessoa humana, considerando-se, porém, o conceito material de “pessoa” em oposição a uma idéia abstrata de um “indivíduo-fora-do-mundo”.<sup>231</sup>

Com efeito, a noção de “pessoa” é elemento essencial e realidade substancial da idéia de dignidade.<sup>232</sup> José Oliveira Ascensão bem leciona que “a pessoa é o ente ou substância que tem e manifesta aquela dignidade”<sup>233</sup> Para o autor, qualquer afirmação consistente da dignidade da pessoa humana funda-se na seguinte síntese:

O homem tem dignidade porque é pessoa. É um ser ético, porque é autoconsciente e dotado antes de mais de autodeterminação e consciência moral. Não é apenas um ser biológico ou um ser ao sabor do arbítrio: é um

---

<sup>230</sup> Alguns filósofos buscam uma harmonização entre a deontologia e o consequencialismo. Sobre o tema, que foge ao nosso escopo, cf. NAGEL, Thomas. **The view from nowhere**. Oxford: Oxford University Press, 1986; MOORE, Michael S. Patrolling the borders of consequentialist justifications: the scope of agent-relative obligations. **Law and Philosophy**, Vol. 27, n. 1, jan/2008, p. 35–96.

<sup>231</sup> DUMONT, Louis. **O individualismo: uma perspectiva antropológica da sociedade moderna**. Rio de Janeiro: Rocco, 1985, p. 39.

<sup>232</sup> No mesmo sentido, cf. OTERO, Paulo. **Instituições políticas e constitucionais**. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2007, 1.2-4.

<sup>233</sup> ASCENSÃO, José Oliveira. A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos. **Revista da Ordem dos Advogados**. Ano 68. Jan-2008, Lisboa, p. 97-124.

ser com fins de realização próprios. É responsável pela condução da sua vida. Nisso reside a sua dignidade.<sup>234</sup>

É, portanto, na garantia de ser pessoa que a dignidade da pessoa humana encontra seu lugar central. É o desenvolvimento da personalidade que oferece os indícios do que seja a dignidade humana, dentro de uma identidade válida universalmente.<sup>235</sup> A dignidade radica-se, assim, na capacidade e encargo de autoconstrução inerente à noção de “pessoa”.<sup>236</sup>

A concepção material de pessoa, todavia, impede uma visão individualista da dignidade nos estritos moldes do liberalismo clássico, numa preponderância plena do indivíduo sobre a sociedade. Apesar da dignidade não ser atribuição externa ao ser humano, sua consideração como “pessoa” indica não ser ele uma unidade fechada em si mesma. Sua dignidade demonstra-se efetivamente em sua auto-representação na sociedade e na construção de uma identidade individual no contexto coletivo<sup>237</sup>, “a partir de uma experiência cultural de valoração (...) no quadro de uma situação intersubjetiva”.<sup>238</sup> Desse modo, “a dignidade como um valor constitucional relaciona-se com uma concepção complexa de personalidade e a criação de uma comunidade de valores e metas comuns”.<sup>239</sup>

Nesse panorama, a atenção às repercussões sociais da atividade prestacional não conduz a uma ponderação entre os interesses das pessoas individualmente consideradas e os interesses de bem-estar coletivo e eficiência econômica. Não se trata nem mesmo da ponderação entre dignidades individuais.<sup>240</sup> Tais considerações decorrem, na verdade, da

---

<sup>234</sup> Idem, ibidem. No mesmo sentido, Recaséns Siches retrata a pessoa como o “ente que tem um fim próprio a cumprir por própria determinação, aquele que tem um fim em si mesmo e que, cabalmente por isso, possui dignidade.” RECASÉNS SICHES, Luis *apud* BURGOA, Ignácio. **Las garantías individuales**. México: Porruá, 1997, p. 16.

<sup>235</sup> HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional**. México: UNAM, 2003, p.170.

<sup>236</sup> Jacques Maritain, filósofo francês neotomista, defende que o ser humano torna-se pessoa a partir de sua racionalidade, vontade e individualidade. Explica Maritain que “ao afirmar que um homem é uma pessoa, queremos significar que ele não é somente uma porção de matéria (..) O homem é um indivíduo que se sustenta e se conduz pela inteligência e pela vontade (..) Não existe apenas uma existência física, há nele uma existência mais rica e mais elevada, que o faz superexistir em conhecimento e amor.” MARITAIN, Jacques. *Os Direitos do Homem e a Lei Natural*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1967, p. 16.

<sup>237</sup> LUHMANN, Niklas *apud* SARLET, Ingo W. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC** n. 09 – jan./jun. 2007, p. 375

<sup>238</sup> ALMEIDA, Vasco Rodrigo Duarte de. Sobre o valor da dignidade da pessoa humana. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, vol. XLVI, n. 1, 2005.

<sup>239</sup> RAO, Neomi. On the use and abuse of dignity in Constitutional Law. **Columbia Journal of European Law**, Vol. 14, No. 2, 2008, p. 232.

<sup>240</sup> Em sentido contrário, Gilmar Mendes defende que “a dignidade da pessoa humana, porque sobreposta a todos os bens, valores ou princípios constitucionais, em nenhuma hipótese é suscetível de confrontar-se com eles, mas tão somente consigo mesma”. BRANCO, Paulo Augusto G.; COELHO, Inocêncio M.; MENDES, Gilmar F. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.152. Na mesma

compreensão de que a dignidade da pessoa humana como parâmetro deontológico deve ser tomada em sua plenitude, considerando a inexorável interação social de pessoas igualmente dignas e não o indivíduo isoladamente considerado.

Com base nessas afirmações, extrai-se que a dignidade da pessoa humana – na qualidade de fundamento material, conteúdo essencial absoluto e parâmetro de ponderação dos direitos fundamentais - relaciona-se não somente com direitos individuais, mas com a comunidade política e social em que os mesmos devem ser exercidos.<sup>241</sup>

A dimensão ontológica da dignidade, segundo Ingo W. Sarlet, somente “assume seu pleno significado em função do contexto de intersubjetividade que marca todas as relações humanas e, portanto, também o reconhecimento dos valores (...) socialmente consagrados pela e para a comunidade de pessoas humanas.”<sup>242</sup> Na mesma orientação, Jorge Reis Novais destaca, com precisão, que a dignidade da pessoa humana “é própria de um indivíduo comunitariamente integrado e condicionado (...) socialmente vinculado ao cumprimento dos deveres e obrigações que a decisão popular soberana lhe impõe como condição de possibilidade de realização da dignidade e dos direitos de todos”.<sup>243</sup>

Assim sendo, uma verdadeira concepção deontológica da atividade prestacional do Estado no contexto dos direitos fundamentais somente poderá ser obtida a partir da retomada, com maior profundidade, do exame do conceito de dignidade social da pessoa humana em sua relação com a atividade prestacional do Estado, no que se completa um verdadeiro “círculo hermenêutico” na compreensão do tema.<sup>244</sup>

---

orientação de Gilmar Mendes, cf. SARLET, Ingo W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, p. 130 e ss.

<sup>241</sup> Nesses termos, a dignidade aparece simultaneamente como instrumento de empoderamento da pessoa individual contra argumentos utilitaristas ou totalitários e ainda como limite ao exercício de direitos no contexto social. BROWNSWORD, R. Freedom of contract, human rights and human dignity. In: FRIEDMAN, D.; BARAK-EREZ, D. (eds.), **Human rights in private law**. Oxford: Hart Publishing, 2001, p. 181.

<sup>242</sup> SARLET, Ingo W. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC** n. 09 – jan./jun. 2007, p. 370. No mesmo sentido, PÉREZ LUÑO, Antonio E. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**, p. 318.

<sup>243</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios estruturantes da República Portuguesa**.

<sup>244</sup> A idéia de círculo hermenêutico expressada baseia-se no conceito de Schleiermacher, assim explicado: progredindo pouco a pouco desde o início de uma obra, a compreensão gradual, de cada particular e das partes do todo que se organiza a partir delas, sempre é apenas provisória; um pouco mais completa, se nós podemos abarcar com a vista uma parte mais extensa, mas também começando com novas incertezas [e como no crepúsculo], quando nós passamos a uma outra parte, [porque então] temos diante de nós um novo começo, embora subordinado; no entanto, quanto mais nós avançamos, tanto mais tudo o que precede é esclarecido pelo que segue, até que no final então cada particular como que recebe de um golpe sua plena luz e se apresenta com contornos puros e determinados (...) Faz-se necessário certamente, assim, uma compreensão do todo (...) e nós podemos, depois que o todo esteja dado, retroceder aos elementos,

---

para então compreendê-los mais precisa e completamente a partir do todo”. SCHLEIERMACHER, Friedrich D.E. **Hermenêutica**: arte e técnica da interpretação. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 49-51. Sobre o tema, cf. também GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 275 e ss.

## **TÍTULO VI**

### **DIGNIDADE SOCIAL E ATIVIDADE PRESTACIONAL DO ESTADO**

## I ATIVIDADE PRESTACIONAL E COMUNIDADE

Uma afirmação liberal do Estado estabelece um sistema moral e jurídico baseado em direitos individuais: considerando-se os seres humanos “sujeitos independentes e separados”, far-se-ia necessária a existência de uma “moldura neutra” de direitos que “se negue a escolher entre propósitos e finalidades concorrentes. Se o eu (*self*) é anterior a suas finalidades, então o direito (*right*) deve ser anterior ao bem (*good*)”<sup>245</sup>. Nessa visão, o indivíduo deve ser completamente livre para adotar qualquer concepção de vida que lhe aprouver ou a alterar caso assim entenda, independentemente de sua compatibilização com o modo de vida, propósitos ou valores predominantes na sociedade.

Segundo a paradigmática lição de John Rawls<sup>246</sup>, o “eu é anterior aos objetivos que são afirmados por ele”<sup>247</sup>, razão pela qual os indivíduos deveriam ser sempre livres para questionar e rejeitar sua participação nas práticas sociais. Nota-se aí claramente a influência da noção kantiana de dignidade inerente, baseada no imperativo categórico do ser humano como fim em si mesmo que não é definido por suas relações ou papéis sociais ou mesmo por suas finalidades empíricas, mas por sua vontade livre e autônoma.

Rawls estabelece dois princípios de justiça: o princípio das liberdades individuais básicas iguais – no limite de sua compatibilidade de um sistema semelhante para as outras pessoas - e o princípio da diferença, pelo qual as desigualdades sociais devem ser ordenadas de modo que haja igualdade de oportunidades e vantagens aos menos favorecidos.<sup>248</sup> Em explicitação desses princípios, vale transcrever as palavras de Rawls:

a- cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades para todos; e b- as desigualdades sociais e

---

<sup>245</sup> SANDEL, Michael J. **Public Philosophy**: essay on morality in politics. Cambridge: Harvard Univ. Press, 2005 p. 152 .

<sup>246</sup> Os trabalhos de Rawls são tidos como um verdadeiro renascimento da filosofia política. Sua importância – muitas vezes comparado em estatura com John Stuart Mil e Immanuel Kant – é bem resumida pela afirmação de Robert Nozick, feita à época do advento da obra “Um teoria da justiça”: “Filósofos políticos agora devem trabalhar dentro dos parâmetros da teoria de Rawls ou explicar expressamente porque não o fazem”. NOZICK, Robert. **Anarchy, State, and Utopia**. Basic Books, 1974, p. 183. .

<sup>247</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**, p. 623.

<sup>248</sup> “Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras. Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos”. RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**, p. 64.

econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, em segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (princípio da diferença).<sup>249</sup>

Segundo Rawls, a estabilidade e a união de uma sociedade normalmente dividida e pluralista seriam garantidas pelo reconhecimento público desses princípios de justiça<sup>250</sup>, razão pela qual as bases para a legitimidade do Estado estariam na existência de um consenso sobre a idéia de justiça e não em possíveis valores compartilhados entre seus cidadãos.

Embora admita a inserção social do ser humano e o papel das instituições sociais (família, escola, etc.) na garantia de autonomia<sup>251</sup>, Rawls defende que os valores morais do indivíduo não podem ser considerados em sua identidade como cidadão, a qual se firmaria, na verdade, numa “concepção política de pessoa (...) independente de qualquer lealdade, relações particulares ou concepções de boa vida”.<sup>252</sup>

Do mesmo modo, não seria somente dispensável, mas verdadeiramente proibido ao Estado tentar influenciar as escolhas individuais com base em valores tidos como intrinsecamente superiores ou adotar e promover quaisquer princípios que pressuponham valores a serem buscados. Essa proibição teria fundamento no respeito e na tolerância ao “razoável pluralismo” da sociedade.<sup>253</sup> Caberia ao Estado somente garantir ao indivíduo a busca pelos seus próprios fins, em conformidade com os princípios gerais de justiça que fundamentam a existência de direitos individuais.

Nesses termos, a justiça da atividade prestacional do Estado não seria definida à luz dos objetivos que se busca alcançar, mas na recusa em adotar propósito(s) determinado(s), limitando-se a garantir meios pelos quais seus cidadãos possam livremente buscar valores e finalidades por eles escolhidos de forma autônoma. O resultado coletivo, por sua vez,

---

<sup>249</sup> RAWLS, John. **Justiça como equidade**: uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 60.

<sup>250</sup> RAWLS, John. Kantian constructivism in moral theory, p. 540 *apud* KYMILICKA, Will. **Contemporary political philosophy**, cap. 6.

<sup>251</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**, p. 628.

<sup>252</sup> SANDEL, Michael J. **Justice**: what's the right thing to do? Cap. 10.

<sup>253</sup> Para Rawls, “não se deve esperar que pessoas conscienciosas, no pleno exercício de suas faculdades racionais, mesmo depois de discussão livre, cheguem a uma mesma conclusão”, de modo que “qual juízo moral é verdadeiro, levando-se tudo em conta, não é um problema do liberalismo político”. RAWLS, John. **Liberalismo político**. São Paulo: Ática, 2000, p. 100-101.

decorreria de um processo de combinação de preferências individuais iguais e autônomas, desde que consistentes com os princípios de justiça.<sup>254</sup>

Apesar de sua valia por destacar a importância fundamental do ser humano como pessoa individual, dotada de dignidade inerente e de direitos individuais, a defesa de uma neutralidade liberal não subsiste a um olhar mais apurado. Isso porque desconsidera, nas considerações acerca da justiça, que o ser humano, na qualidade de pessoa, não é definido apenas por sua autonomia para traçar seus próprios destinos, mas também por suas ligações com a comunidade na qual é inserido, sem a qual não pode se desenvolver plenamente.

Retomando-se a dimensão exógena de dignidade, é conhecida a constatação aristotélica de que “o homem é um animal social, na verdade um animal político, porque ele não é auto-suficiente sozinho”<sup>255</sup>. O ser humano não é senão na comunidade em que habita e não pode “buscar o bem ou exercitar as virtudes somente como indivíduo”, haja vista que “diferentes indivíduos vivem em diferentes circunstâncias sociais” e todos “abordamos nossas próprias circunstâncias como portadores de uma identidade social particular” .<sup>256</sup>

Nossa identidade social - como integrantes de uma família, profissão, religião, partido político, Estado, etc. - é parte constitutiva inerente do ser humano como pessoa, incorporando-se e definindo, ao menos parcialmente, nossa trajetória de vida.<sup>257</sup> Assim, “o que é bom para mim tem de ser bom para aquele que desempenha esses papéis”<sup>258</sup>, de modo que nossa auto-determinação é “exercida no âmbito desses papéis sociais, em vez de fora deles”<sup>259</sup>.

Como consequência dessa definição social de pessoa, os indivíduos estão necessariamente atrelados às metas e propósitos das comunidades em que estão inseridos. Ao mesmo tempo, as escolhas individuais têm valor e a repercussão na qualidade e natureza da vida na comunidade<sup>260</sup>. Logo, não é pela possibilidade de “nos afastarmos de nossos papéis

---

<sup>254</sup> Sobre o tema, com maior profundidade, cf. HOLMES, Stephen. The permanent structure of antiliberal thought. In ROSENBLUM, Nancy L. (ed). **Liberalism and the moral life**. Cambridge: Harvard University Press, 1989, p. 239-240.

<sup>255</sup> TAYLOR, Charles. Atomism. **Philosophy and the human sciences: philosophical papers 2**, Cambridge: Cambridge University Press, 1985, p. 190 . Para o aprofundamento da questão filosófica do papel da alteridade e da ética na formação da pessoa humana, cf. LÉVINAS, Emmanuel . **Humanismo do outro homem**. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

<sup>256</sup> MACINTYRE, Alasdair. **After virtue: a study in moral theory**. 3. ed. Notre Dame: UNDP, 2007, p. 220 .

<sup>257</sup> SANDEL, Michael J. **Public Philosophy**, p. 153.

<sup>258</sup> MACINTYRE, Alasdair. **After virtue**, p. 220.

<sup>259</sup> KYMILICKA, Will. **Contemporary political philosophy: an introduction**. 2. Ed. Oxford: Oxford University Press, 2001, cap. 6 .

<sup>260</sup> SANDEL, Michael J. **Justice: what's the right thing to do?** Cap. 10



sociais” que a dimensão da autonomia da dignidade humana é garantida, mas sim “pelo encorajamento de um maior aprofundamento e compreensão” desses papéis sociais.<sup>261</sup>

A solidariedade e a legitimidade política do Estado, bem como a coesão e unidade da sociedade não podem ser garantidas simplesmente a partir do mero compartilhamento de uma idéia comum dos princípios de justiça em um Estado supostamente neutro. Dependem de uma “esfera pública” que “enquanto mundo comum reúne-nos na companhia uns dos outros e, contudo, evita que colidamos uns com os outros”<sup>262</sup>.

É necessário, pois, um senso de vida em comum para que os cidadãos identifiquem-se como o Estado e aceitem como legítimos os sacrifícios exigidos em benefício da comunidade, benefícios esses que repercutem para os próprios indivíduos como membros dessa mesma comunidade.<sup>263</sup>

## 1 ATIVIDADE PRESTACIONAL E ESCOLHA SOCIAL

A dignidade da pessoa humana como valor e fundamento material dos direitos prestacionais impõe que a efetivação de tais direitos não pode privilegiar o indivíduo considerado isoladamente, ao mesmo tempo de que veda a promoção de fins coletivos ao custo do sacrifício individual<sup>264</sup>.

Logo, um pré-requisito e elemento essencial de justiça distributiva em uma sociedade democrática é a compatibilidade das decisões de política prestacional com a opinião e preferências individuais agregadas no contexto comunitário, sem o que a efetivação de tais políticas é diretamente prejudicada.<sup>265</sup>

Nesse escopo, vale trazer ao lume o debate que se dá no âmbito da chamada “teoria da escolha social”, que discute justamente questões que remetem à “agregação dos interesses,

---

<sup>261</sup> Idem, loc. Cit.

<sup>262</sup> ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 62.

<sup>263</sup> TAYLOR, Charles. **Reconciling the Solitudes**: essays on canadian federalism and nationalism. Quebec: McGill-Queen's University Press, 1993, p. 97.

<sup>264</sup> Destaca Óscar Rodríguez Olvera a necessária relação de complementariedade e ambivalência dos direitos fundamentais sociais, a partir dos quais não pode haver supremacia de interesses individuais ou coletivos. OLVERA, Óscar Rodríguez. **Teoría de los derechos sociales em la Constitución abierta**. Granada: Comares, 1998, p.258-259.

<sup>265</sup> SCHOKKAERT, Erick. Tout-le-monde est “post-welfariste”: opinions sur la justice redistributive. **Revue économique**, Vol. 50, n. 4, 1999, p. 811–831. Disponível em: <http://www.persee.fr>

ou preferências, ou julgamentos, ou visões, de diferentes pessoas (ou grupos) em uma determinada sociedade”.<sup>266</sup>

A teoria da escolha social surge no campo econômico, a partir da busca de uma “função de bem-estar social” que permita uma moldura de exame para os diversos princípios normativos que regem e orientam as decisões coletivas de pessoas individuais de interesses diversos.<sup>267</sup>

A discussão do tema desenvolveu-se a partir da obra seminal de Kenneth J. Arrow, *Social Choice and Individual Values*<sup>268</sup>, na qual o autor procura preceitos lógico-matemáticos para averiguar se as pessoas de diferentes interesses podem chegar, por meio de votação, a decisões coletivas que atendam a todos. Sem recorrer a princípios éticos substantivos, Arrow busca, por meio de alguns princípios ou condições instrumentais, determinar um modelo matemático de elementos consistentes e aceitáveis da relação entre valores individuais e sociais.

A função de bem-estar social de Arrow indica que as escolhas sociais são uma função das preferências racionais individuais sobre determinada alternativa, agregadas numa preferência da sociedade sobre essa alternativa. Em brevíssima síntese, as condições determinantes de uma função de bem-estar social de Arrow seriam: para todo e qualquer conjunto de preferências (domínio irrestrito), se todos preferem X a Y, então X é melhor que Y para a coletividade (eficiência de Pareto); o fato de X ser melhor que Y não deve depender das preferências de um único indivíduo em detrimento do que todos os demais pensam (não ditadura); o fato de X ser melhor que Y deve depender em como os indivíduos avaliam X e Y e em nada mais (independência de alternativas irrelevantes).<sup>269</sup>

Considerados os critérios acima delineados, Arrow conclui matematicamente que, na existência de três ou mais alternativas, a soma das racionalidades individuais não produz uma racionalidade coletiva. Arrow afirma então o “teorema da impossibilidade”, que reza não ser viável estabelecer uma ordem de preferência completa e abrangente para toda a comunidade a partir da soma das preferências dos indivíduos, inexistindo, dentro dos

---

<sup>266</sup> SEN, Amartya. Foundations of social choice theory: an epilogue In: ELSTER, Jon; HYLLAND, Aanund (eds.). **Foundations of social choice theory**. Cambridge University Press, 1986, p. 214.

<sup>267</sup> HAUSMAN, Daniel M.; McPHERSON, Michael S. **Economic analysis, moral philosophy and public policy**, p. 217.

<sup>268</sup> ARROW, Kenneth. J. **Social choice and individual values**. 2 ed. New York: Cowles Foundation, 1963.

<sup>269</sup> Ibidem, p. 12-17.

critérios por ele estabelecidos, uma função de bem-estar social que expresse racionalmente as escolhas sociais.<sup>270</sup>

Apesar de sua importância fundacional, a teoria da escolha social de Arrow não se mostra aplicável integralmente ao estudo da atividade prestacional do Estado à luz das condições estabelecidas como determinantes de uma função de bem-estar social. Embora a condição de não ditadura seja evidentemente aplicável numa democracia, o estudo da atividade prestacional não corresponde, em regra, ao estudo de decisões realizadas coletivamente, pois as escolhas alocativas não são usualmente tomadas a partir de uma decisão coletiva agregada. Salvo em hipóteses específicas de aplicação de instrumentos de democracia direta (plebicistos, referendos, etc.), tais escolhas são feitas por meio de decisões individualizadas, ainda que realizadas por agentes públicos democraticamente legitimados para tanto. Ademais disso, ao se mencionar a eficiência econômica da atividade prestacional, viu-se as dificuldades práticas de se estabelecer um equilíbrio de Pareto como condição da função de bem-estar social, em virtude da difícil materialização concreta de consentimento unânime para qualquer escolha alocativa.<sup>271</sup>

Mais próximo do foco central dessa obra são considerações no campo da “teoria da escolha pública” desenvolvidas originalmente por James Buchanan, por meio das quais examina as normas de “política constitucional” que guiam as escolhas públicas de repercussão coletiva a partir de um consenso social acerca não somente do que é a Constituição, mas também do que pode ser realizado por meio da “política comum” a fim de promover os interesses da comunidade.<sup>272</sup>

Segundo a teoria da escolha pública, a legitimidade das escolhas públicas prescinde de unanimidade social no sentido paretiano, que é infactível à luz do número de indivíduos envolvidos e da heterogeneidade de seus interesses. Tal legitimidade é fundada na premissa de escolha racional<sup>273</sup>, quando da elaboração de uma Constituição, de normas voltadas à promoção de direitos de garantia de autonomia individual, autonomia essa, porém, que é

---

<sup>270</sup> HAUSMAN, Daniel M.; McPHERSON, Michael S. **Economic analysis, moral philosophy and public policy**, p. 218.

<sup>271</sup> Cf. Título IV, Cap. III, 2, 2.1.

<sup>272</sup> BUCHANAN, James M. Public choice: politics without romance. **Policy**, spring/2003. Disponível em: <http://www.cis.org.au/policy/spr03/polspr03-2.htm>. Como obra pioneira e de referência acerca da temática, cf. BUCHANAN, James M.; TULLOK, Gordon. **The calculus of consent: logical foundations of constitutional democracy**. Michigan: University of Michigan Press, 1962.

<sup>273</sup>Cf. Título IV, Cap. III, 1.

limitada a fim de evitar potenciais externalidades que podem afetar a todos.<sup>274</sup> Note-se ainda que essas escolhas, embora voltadas a promover interesses individuais, são pautadas pelas instituições políticas, econômicas, sociais, as quais nascem de valores e propósitos inerentes à comunidade.<sup>275</sup>

É certo, porém, que o problema de compatibilização de interesses individuais e comunitários não é solucionado apenas no momento de elaboração constitucional. Faz-se necessário também que a ordem constitucional preveja elementos de garantia de que os agentes estatais promovam efetivamente as escolhas constitucionais para o bem-estar coletivo e não para atender seus próprios interesses.<sup>276</sup> Surge daí o desafio de criar instituições “que garantam aos agentes governamentais a autoridade de fazer de forma eficiente o que é no interesse dos cidadãos e, ao mesmo tempo, negar a esses agentes a discricionariedade de buscar seus próprios interesses às custas de seus cidadãos”.<sup>277</sup>

Assim sendo, as escolhas alocativas não dependem unicamente de preferências individuais agregadas, quer no mercado, quer na elaboração do ordenamento constitucional. A compreensão da relação dialética entre a pessoa individual e a coletividade na qual ela se insere depende de questões relativas a valores comunitários constitucionalmente consagrados pelo Estado e aos direitos fundamentais deles decorrentes, que são igual ou superiormente relevantes para aferir a legítima extensão da atividade prestacional no Estado de Constitucional Democrático de Direito.

## 2 DIGNIDADE SOCIAL COMO VALOR COMUNITÁRIO

Nos termos estabelecidos anteriormente<sup>278</sup>, o Estado Constitucional Democrático de Direito é necessariamente subordinado a critérios materiais fundados em valores e

---

<sup>274</sup> MUELLER, Dennis C. Constitutional public choice. In: MUELLER, Dennis C. **Perspectives on public choice: a handbook**. Cambridge: Cambridge University Press, 1997, p. 132-133.

<sup>275</sup> Ibidem, p. 124/141

<sup>276</sup> Nesses termos, Buchanan busca enfatizar que os agentes públicos, embora possam ter alguma preocupações públicas, agem na esfera pública motivados por interesses próprios, razão pela qual a teoria da escolha pública teria como escopo superar visões “românticas” do funcionamento do governo e enfatizar uma série de noções que “incorporam mais ceticismo sobre o que os governos podem fazer e o que os governantes farão, noções que são certamente mais consistentes com a realidade política que todos nós podemos observar”. BUCHANAN, James M. Public choice: politics without romance. **Policy**, spring/2003. Disponível em: <http://www.cis.org.au/policy/spr03/polspr03-2.htm> .

<sup>277</sup> MUELLER, Dennis C. Constitutional public choice, p. 140.

<sup>278</sup> Cf. Título III, Cap. I, 4.

objetivos comunitários que o transcendem e que, ao mesmo tempo, limitam e justificam materialmente seu poder perante a pessoa.

Dentre esses valores comunitários consagrados pelo Estado, destaca-se aquele que lhe impõe deveres no sentido de garantir, respeitar e promover direitos essencialmente ligados à preservação da dignidade da pessoa humana.<sup>279</sup> A dignidade humana é tida como premissa primeira do Estado<sup>280</sup> e serve de limite à ação de todos os indivíduos e do próprio Estado.<sup>281</sup> Assim, qualquer conduta que vá de encontro à idéia de dignidade resulta em ofensa não somente a um postulado ético, mas também ao próprio conceito de Estado Constitucional Democrático de Direito<sup>282</sup>.

A dignidade da pessoa humana aparece, pois, como valor e propósito comunitário essencial, que serve de parâmetro para toda e qualquer atividade estatal. É preciso, porém, atentar para a adequada compreensão da dignidade quando de sua aplicação como substrato das ações e omissões estatais.

Nos termos do que já se discutiu<sup>283</sup>, a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais que dela derivam são geralmente relacionados com a idéia de autonomia do sujeito portador de direitos individuais. Aparece assim como instrumento de empoderamento da pessoa individual em sua relação jurídica perante o Estado, tido como “inimigo de cada um [e] concebido como instituição rigorosamente separada da sociedade”.

284

É certo que a noção kantiana de dignidade inerente não deve ser abandonada, haja vista que qualquer dever individual para com a comunidade deriva exatamente de nossas obrigações de respeito e reconhecimento da dignidade inerente do outro. Não pode ignorar

---

<sup>279</sup> Cf. Título I, Cap. II, 4.

<sup>280</sup> Observa Daniel Sarmento que “até princípios estruturais, como a separação de poderes e a federação, criados pelas primeiras constituições liberais, são concebidos em termos instrumentais, colimando, em última instância, a proteção da pessoa humana.” SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 62.

<sup>281</sup> Segundo Canotilho, “a articulação das dimensões de Estado de direito e de Estado democrático no moderno Estado constitucional democrático de direito permite-nos concluir que, no fundo, a proclamada tensão entre «constitucionalistas» e «democratas», entre Estado de direito e democracia, é um dos mitos do pensamento político moderno. Saber se o «governo de leis» é melhor do que o «governo de homens», ou vice-versa, é, pois, uma questão mal posta: o governo dos homens é sempre um governo sob leis e através de leis. É, basicamente, um governo de mulheres e de homens segundo a lei constitucional, ela própria imperativamente informada pelos princípios jurídicos radicados na consciência jurídica geral.” CANOTILHO, J.J. Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva Publicações, 1999, p. 231.

<sup>282</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, p. 278; CANOTILHO, J.J. Gomes **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 505.

<sup>283</sup> Cf. Título I, Cap. I, 1.

<sup>284</sup> GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e o Direito pressuposto**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 256.

ainda que, por mais que os papéis sociais sejam absolutamente decisivos, eles são sempre desempenhados por pessoas individuais, razão pela qual “por mais que meu bem seja socialmente determinado, ainda é o meu bem que é afetado pela vida social, e qualquer teoria política plausível deve atender igualmente os interesses de cada pessoa.”<sup>285</sup>

Sendo assim, não se nega que a dignidade da pessoa humana como valor constitucionalmente consagrado opera como elemento fundador de um sistema de proteção de direitos individuais, ensejando, inclusive, a presunção de subjetividade inerente aos direitos fundamentais. Tal conclusão, contudo, não admite uma idéia individualista desses direitos, que traz prejuízos não somente à comunidade na qual devem ser exercidos, mas também à própria efetivação dos direitos individuais.<sup>286</sup>

Já se alertou ao longo da discussão para os problemas decorrentes de uma visão puramente individualista da dignidade.<sup>287</sup> Há de se repetir, agora com base nas palavras de Reis Novais, que a dignidade da pessoa humana não pode ser considerada aquela “do individualismo possessivo, a do homem burguês e isolado, que erigia a garantia de uma esfera de autonomia do proprietário livre de qualquer intervenção estatal em paradigma de realização do ideal de limitação jurídica do Estado.”<sup>288</sup>

O Estado, por sua vez, não pode ser entendido como instituição abstrata afastada da sociedade. Recuperando as referências de Hegel, a formação social dialética da pessoa humana é realizada a partir das “práticas sociais comuns, tradições culturais e compreensões sociais compartilhadas”<sup>289</sup> da comunidade e do Estado no qual são inseridas. Nesses termos, a pessoa humana desenvolve-se em sua vinculação ao Estado, considerando que o Estado seja propriamente compreendido como elemento catalisador de valores e interesses da comunidade na qual está inserido o indivíduo.<sup>290</sup>

O respeito e proteção da dignidade humana por parte do Estado demanda que se assegure ao sujeito a capacidade de escolhas autônomas, mas também a promoção das

---

<sup>285</sup> KYMILICKA, Will. **Contemporary political philosophy**, cap. 6 .

<sup>286</sup> Ora, se todos os particulares ocupassem posições jurídicas de vantagem fundadas em direitos fundamentais de forma incondicionada, a presunção de subjetividade não traria qualquer vantagem na proteção de seus interesses em face ou por meio do Estado, uma vez que tais posições poderiam ser conflitantes entre si ou ir de encontro aos interesses coletivos em sentido amplo.

<sup>287</sup> Sobre o tema, cf. Título V, Cap. III

<sup>288</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios estruturantes da República Portuguesa**, p. 53.

<sup>289</sup> KYMILICKA, Will. **Contemporary political philosophy**, cap. 6 .

<sup>290</sup> Como bem descreve Eros Grau, é o Estado o único meio pelo qual o indivíduo pode alcançar sua liberdade substancial, “enquanto os indivíduos permaneçam ligados ao Estado como à sua essência, como ao fim e ao produto da sua atividade individual”. O Estado não deve ser confundido com o Governo e seus interesses não podem ser interpretados como aqueles pertencentes aos sujeitos ou grupos que detêm seu controle. GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e o Direito pressuposto**, p. 256-257.

vinculações sociais cruciais para o reconhecimento dessa dignidade na comunidade, de modo que “pensemos juntos acerca do significado da boa vida e criemos uma cultura pública de aceitação das discordâncias que necessariamente surgirão.”<sup>291</sup>

Por essa razão, o direito individual não pode ser dissociado da noção de comunidade, uma vez que as escolhas políticas são realizadas à luz de propósitos e finalidades comuns. A própria definição do ser humano não pode deixar de lado seu papel de participante em uma vida em comunidade.<sup>292</sup> Os direitos fundamentais apresentam uma função social, por meio da qual se impede seu uso em sentido estritamente individualista a partir da consideração de interesses da comunidade e do bem-estar coletivo, de modo que “todo exercício de um direito fundamental é, em um sentido específico, uma atividade social”.<sup>293</sup>

Nesses termos, a dignidade como elemento de empoderamento individual não provê uma acepção completa da dignidade humana: a dignidade também é definida socialmente<sup>294</sup>, de modo que a dignidade social da pessoa humana como valor comunitário surge também como fator de legitimação para a limitação de direitos à luz de preocupações comunitárias, as quais não deixam de ter igual ligação com a proteção e promoção da dignidade humana.<sup>295</sup>

Logo, para além de servir “como importante elemento de proteção dos direitos contra medidas restritivas”, o princípio da dignidade da pessoa “também serve como justificativa para a imposição de restrições a direitos fundamentais, acabando, neste sentido, por atuar como elemento limitador destes”.<sup>296</sup> Assim, no mesmo passo que veda restrições que atinjam o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana legitima certas restrições que sejam voltadas justamente para sua proteção.<sup>297</sup>

---

<sup>291</sup> SANDEL, Michael J. **Justice**, cap. 10.

<sup>292</sup> Idem. **Public Philosophy**, p. 156.

<sup>293</sup> HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**, p. 14.

<sup>294</sup> Na linguagem da teoria dos jogos e da escolha social, os direitos individuais são entendidos como um conjunto de estratégias e ações possíveis para o indivíduo, que deve ser livre para escolher uma delas até o limite de sua admissibilidade no contexto social. GAERTNER, W. **A primer in social choice theory**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 67.

<sup>295</sup> RAO, Neomi. On the use and abuse of dignity in Constitutional Law. **Columbia journal of European Law**, Vol. 14, No. 2, 2008, p. 232.

<sup>296</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 123. No mesmo sentido, KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russel A. **The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. 3 ed. Durham, Duke University Press, 2012, p. 298.

<sup>297</sup> GOUVEIA, Jorge B. **Regulação e limites dos direitos fundamentais**. Dicionário jurídico da administração pública: 2º suplemento. Lisboa: Almedina, 2001, pp. 450 e ss. Vale anotar que a Constituição da África do Sul vincula expressamente a dignidade humana com a limitação de direitos, ao estabelecer, em seu art. 36, que a imposição de limites a direitos fundamentais é somente possível quando

Nota-se, destarte, que os direitos fundamentais têm seu exercício determinado não apenas pelos interesses e desígnios de seus titulares individualmente considerados, mas igualmente pelo reconhecimento comunitário dos valores que consagram<sup>298</sup>. O papel de decisão valorativa dos direitos fundamentais justifica a fixação de limites para o exercício de direitos fundamentais<sup>299</sup>, que surgem justamente da necessidade de compatibilizar os interesses individuais com os valores e propósitos comunitários.<sup>300</sup>

No campo dos direitos prestacionais, a dignidade da pessoa humana como valor comunitário aparece tanto como elemento de empoderamento individual para a garantia de prestações materiais quanto como limite ao exercício de direitos prestacionais no contexto social.

No primeiro sentido, a noção de autonomia individual é diretamente ligada à promoção das condições de uma contribuição ativa do indivíduo para a formação, reconhecimento e proteção do conjunto de direitos e liberdades coletivas<sup>301</sup>. A dignidade social, então, “implica a necessidade de que as demais pessoas e o poder político da comunidade em que o indivíduo se integra respeitem a sua liberdade e os [seus] direitos”<sup>302</sup>.

Para esse fim, mostra-se indispensável o estabelecimento de condições para a efetiva auto-identificação, auto-estima e desenvolvimento pessoal do indivíduo em sua comunidade, mediante o estabelecimento do “direito a um padrão de vida aceitável” e de “um conjunto de

---

baseada no que seja “razoável e justificável em uma sociedade aberta e democrática, baseada na dignidade humana, igualdade e liberdade.” Constituição da República da África do Sul de 1996. Disponível em: <http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/index.htm>.

<sup>298</sup> Nessa perspectiva, os direitos fundamentais têm a função de “sistematizar o conteúdo axiológico objetivo do ordenamento democrático ao que a maioria dos cidadãos prestam seu consentimento e condicionam seu dever de obediência ao direito”. PÉREZ LUÑO, Antonio E. **Los derechos fundamentales**, p. 20. No mesmo sentido, Miguel Martínez refere-se à dimensão social da dignidade na perspectiva de que, embora seja atributo pessoal, a dignidade depende de que a comunidade respeite e promova a liberdade e os direitos pessoais. MARTÍNEZ, Miguel Angel A. **La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español**. León: Universidad de León, 1996, p. 19.

<sup>299</sup> KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russel A. **The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. 3 ed. Durham, Duke University Press, 2012, p. 298.

<sup>300</sup> STUMM, Raquel D. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 142-143. Nesse ponto, convém lembrar que a presunção de um direito fundamental como direito subjetivo *prima facie* não excluiu sua limitação a partir de considerações comunitárias. O próprio Robert Alexy não estabelece de ordem rígida entre direitos individuais e bens coletivos, defendendo apenas uma precedência *a priori* dos direitos individuais, baseada na fórmula *in dubio pro libertate*, por meio da qual apenas seriam necessárias razões mais fortes para limitar direitos individuais do que para restringir bens coletivos ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Barcelona: Gedisa, 2004, p. 207-208.

<sup>301</sup> MODERNE, Franck. La dignité de la personne comme principe constitutionnel dans les constitutions portugaise et française. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976**, v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 198-199.

<sup>302</sup> MOREIRA, Isabel. **A solução dos direitos**, p. 126.



condições susceptíveis de se tornar uma pessoa totalmente participante como membro da sociedade.”<sup>303</sup> A dignidade como autonomia pressupõe uma “liberdade de conformação e de orientação da vida segundo o projeto espiritual de cada pessoa” que, por sua vez, reclama a “necessidade de prestações (públicas ou privadas) enriquecedoras das irradiações físicas e espirituais da pessoa”.<sup>304</sup>

Ao mesmo tempo, observa-se que, mesmo quando visualizada dentre de uma relação jurídica concreta entre um determinado particular e o Estado, a atividade prestacional sempre tem implicações coletivas em face do já debatido contexto inerente de confronto entre necessidades legítimas e escassez de meios para atender a tais necessidades.<sup>305</sup> Ademais, a satisfação dos direitos prestacionais se dá, primeiramente, na esfera coletiva por meio de políticas públicas, sendo evidentes as implicações comunitárias daí decorrentes.

Por essa razão, o Estado Constitucional Democrático de Direito pressupõe que os direitos fundamentais prestacionais sejam exercidos por pessoas como membros de uma comunidade e em consideração aos valores e propósito dessa mesma comunidade, sem, outrossim, dar margem a uma postura totalitária que anule a importância inerente da pessoa humana e sua necessária participação política. Sua funcionalidade social impõe a concepção de que os titulares de direitos fundamentais devem estar integrados e influenciar eticamente

---

<sup>303</sup> MARELLA, Maria R. A new perspective on human dignity: european contract Law, social dignity and the retreat of the Welfare State. In: GRUNDMAN, Stefan (ed.). **Constitutional values and European contract Law**. The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2008, p. 123–147. No mesmo sentido, cf. LOUREIRO, João Carlos Gonçalves. O direito à identidade genética do ser humano. In: Portugal-Brasil Ano 2000. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 263-389; CASSIERS, L. La dignité et l’embryon humain. **Revue trimestrielle des Droits de L’Homme**, v. 54, 2003, p. 407-413.

<sup>304</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital, **Constituição da República Portuguesa anotada**. Vol. I. 4ª. Ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007, p. 199. Seguem os autores: “a dignidade da pessoa humana pressupõe ainda relações de reconhecimento intersubjetivo, pois a dignidade de cada pessoa deve ser compreendida e respeitada em termos de reciprocidade de uns com os outros. A articulação destas três dimensões – a dignidade como dimensão intrínseca do ser humano, a dignidade como dimensão aberta e carecedora de prestações, a dignidade como expressão de reconhecimento recíproco – explica muitas soluções normativo-constitucionais acolhidas na Constituição da República. É a dignidade do ser humano entendida como um valor (bem) autônomo e específico que exige respeito e proteção (...). É a dignidade compreendida como dimensão aberta e carecedora de prestações que legitima e justifica a socialidade, traduzida, desde logo, na garantia de condições dignas de existência.” Idem, loc. Cit.

<sup>305</sup> Lembrando, como faz Fábio K. Comparato, ser “claramente impossível compelir o Estado a providenciar imediatamente, a todos os que o demandem, um posto de trabalho, uma moradia, uma vaga em creche, um tratamento médico-cirúrgico de alta complexidade, e outras prestações dessa natureza.” COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: CUNHA, Sérgio Sérvulo da; GRAU, Eros Roberto (Org.). **Estudos de direito constitucional**: em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 249.

a sociedade política na qual estão inseridos, e suas posições jurídicas derivam-se e são interpretadas a partir das opções axiológicas da comunidade.<sup>306</sup>

A dignidade da pessoa humana sob o viés social justifica, assim, os limites dos direitos prestacionais, que são encontrados a partir de seu exercício em conformidade com uma função ética derivada da mesma dignidade que lhes dá fundamentalidade material, enfocada sob o ponto de vista social. Não se pode admitir, consoante adverte Canotilho, uma “aproximação absolutista ao significado jurídico dos direitos sociais”<sup>307</sup>, cuja efetivação desconsidere os já mencionados fatores comunitários inerentes à atividade prestacional do Estado.

Posto isso, o conceito de dignidade social, em primeiro momento, poderia ser tido como antagônico à idéia de liberdade, naturalmente mais ligada à percepção de autonomia vinculada à noção de dignidade inerente e autonomia. Afinal, a função da dignidade inerente de empoderamento em face de interferências na esfera de liberdade individual seria incompatível com a fixação de limites à liberdade, imposta pela dignidade social, em razão de direitos de terceiros e de valores e propósitos comunitários.<sup>308</sup>

Essa suposta oposição, sempre presente na discussão jurídica da dignidade humana<sup>309</sup>, não se sustenta à luz de um melhor exame. Isso porque as dimensões individual e social da dignidade da pessoa humana não são opostas, mas sim compatíveis e mesmo essencialmente complementares. A compreensão devida da dignidade como valor comunitário retoma a idéia de Pico della Mirandola ao presumir uma participação ativa da

---

<sup>306</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst W. **Escritos sobre derechos fundamentales**, p. 57/61. Vale anotar que posicionamento ora adotado corresponde, na classificação das teorias de direitos fundamentais de Böckenförde, a uma combinação das teorias democrático-funcional e axiológica dos direitos fundamentais.

<sup>307</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**, p. 105.

<sup>308</sup> BROWNSWORD, R. Freedom of Contract, Human Rights and Human Dignity. In: FRIEDMAN, D.; BARAK-EREZ, D. (eds.), **Human rights in private law**. Oxford: Hart Publishing, 2001, p. 181.

<sup>309</sup> GREEN, Sir Guy. Human dignity and the Law. In: MALPAS, Jeff; LICKISS, Norelle (eds.). **Perspectives on human dignity: a conversation**. Dordrech: Springer, 2007, p. 151. Tais debates ligam-se claramente às diferenças culturais e econômicas presentes nas diversas sociedades onde eles ocorrem. Tomando como exemplo a comparação entre a concepção de dignidade na Alemanha e nos Estados Unidos, W. Cole Durham observa que o conceito de autonomia da dignidade é muito presente na cultura norte-americana, enquanto a sociedade alemã vincula dignidade e dever de agir em prol de terceiros: “Nos EUA, a dignidade é conectada com auto-confiança. Se alguém fala sobre dignidade, um exemplo é o trabalhador vivendo próximo de condições de pobreza mas que não aceita ajuda pública. (...) Na Alemanha, o conceito de dignidade tem mais relação com dever – o ideal da lei moral de acordo com a filosofia de Kant?”. DURHAM, W. Cole *apud* BENDA, Ernst. The protection of human dignity (article 1 of the Basic Law). In: KOMMERS, Donald P. **Fifty years of German Basic Law: the new departure for Germany**. American Institute for Contemporary German Studies., 1999, p. 35 e ss .

pessoa na determinação de sua própria vida<sup>310</sup>, mas sempre dentro de um contexto de garantias materiais mínimas e de vida em comunhão que podem motivar limites à liberdade de cada um em prol da comunidade composta por pessoas de igual dignidade.<sup>311</sup>

Assim, é a partir do exame autônomo dos componentes de igualdade e de liberdade presentes no conceito de dignidade da pessoa humana que se pode realizar a concordância prática entre suas dimensões inerente e social, a fim de atingir uma afirmação comunitária e democrática da dignidade e, por conseguinte, do verdadeiro papel do Estado no campo prestacional.

---

<sup>310</sup> Cf. Título I, Cap. I, 1.

<sup>311</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 63. Em sentido semelhante, cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 105-147.

## II DIGNIDADE SOCIAL E IGUALDADE

Tanto na concepção teológica quanto na concepção humanista-racional, o reconhecimento da dignidade como qualidade e atributo inerente da pessoa humana e característica universal da espécie humana traz como consequência imediata a idéia de igualdade. A partir do senso de que todos nós compartilhamos a razão como característica comum e integramos uma mesma identidade humana<sup>312</sup>, impõe-se o conceito de “igual dignidade” entre indivíduos.

Sendo a dignidade inerente a todos os seres humanos, deriva-se uma presunção de que cada pessoa, independente de suas qualidades pessoais, tem o mesmo *quantum* de dignidade em virtude de sua humanidade.<sup>313</sup> Do reconhecimento dessa “igual dignidade” decorre a conclusão de que “ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais”.<sup>314</sup> A igualdade, portanto, está implícita na concepção de dignidade inerente, que não se origina na distinção, mas sim em nossa participação comum na natureza humana.<sup>315</sup>

A consideração da igualdade como elemento essencial de preservação e promoção da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, de seu papel como critério de justiça distributiva na atividade prestacional do Estado dependem da elucidação acerca do que deve considerado como fator de (des)igualdade e de quando e como dever ser realizada uma equalização. Assim, embora não se pretenda aqui uma abordagem vertical do princípio da igualdade - tema que por si só justificaria outra pesquisa de igual volume - vale tecer algumas considerações acerca da repercussão da idéia de igualdade na concepção de dignidade social da pessoa humana e seu papel como parâmetro deontológico para atividade prestacional do Estado.

---

<sup>312</sup> FERRY, L. & VINCENT, J. D., *¿Qu'est ce que l'homme?*, Ed. Odile Jacob, Paris, 2000, p. 108.

<sup>313</sup> ENDERS, Christoph. The Right to have rights: The concept of human dignity in German Basic Law. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, n. 2. UNISINOS, jan/jun 2010, p. 1-8.

<sup>314</sup> COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**, p. 1.

<sup>315</sup> Sendo a liberdade no exercício da razão prática requisito para que um ente se revista de dignidade, tem-se que a condição humana é o suporte fático necessário e suficiente à dignidade. CUNHA, Alexandre dos Santos. **A normatividade da pessoa humana: o estudo jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 87.

## 1 O PROBLEMA DA DESIGUALDADE

Antes de se discutir o conceito de igualdade e de como e quando se deve equalizar, vale abordar brevemente o porquê da importância da igualdade no debate da dignidade humana como padrão da ação prestacional do Estado.

Considerando o já discutido compromisso constitucional com o valor da dignidade da pessoa humana, a afirmação da igualdade como elemento essencial da concepção de dignidade já seria suficiente para que sua defesa e promoção por parte do Estado. Apesar disso, é importante frisar que a desigualdade dissociada de critérios de justiça não deve ser rejeitada somente por configurar ofensa formal a uma norma de estatuto constitucional. A desigualdade social injustificada põe em causa em causa “a própria coesão e homogeneidade internas que parecem justificar a subsistência da sociedade”<sup>316</sup>, afetando a construção material da noção de comunidade e, por conseqüência, a indispensável percepção da dignidade como valor vinculado não somente ao indivíduo isolado, mas à pessoa humana necessariamente integrada ao contexto social.

Aristóteles já propugnava que a cidade (*polis*) ideal dependia da amizade (*philia*) cívica, uma vez que as instituições públicas “são obra da amizade - já que a amizade é a condição de escolha de uma vida em comum. (...) quando há animosidade em vez de amizade, os homens não compartilharão do mesmo caminho”.<sup>317</sup> A desigualdade extrema acaba por corromper a sociedade, de tal forma que pobres e ricos vivem vidas distintas e separadas, não tendo qualquer vínculo com propósitos ou valores comuns.

Em apurada análise do tema, Michael Sandel nota que a desigualdade não apenas impede que os pobres tenham acesso a bens e serviços e exercem sua autonomia, mas impede seu próprio contato com os mais afluentes em termos econômicos<sup>318</sup>. Tal isolamento implica,

---

<sup>316</sup> ARAÚJO, Fernando. **Introdução à economia**, p. 464. No mesmo sentido, expõe Karl Mathis: “Disparidades de renda relevantes em uma sociedade pode fomentar tendências destrutivas. Tanto a pobreza quando a riqueza extrema levam à decadência (..) e grandes disparidades de renda enfraquecem a coesão da sociedade!”. MATHIS, Klaus. **Efficiency instead of justice?** p. 196 .

<sup>317</sup> ARISTÓTELES. **A política**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011 III, 13, 1284 a 2-3/IV, 11, 1295. Por essa razão a defesa que o filósofo fazia da classe média: “é evidente, pois, que a comunidade civil mais perfeita é a que existe entre os cidadãos de uma condição média, e que não pode haver Estados bem administrados fora daqueles nos quais a classe média é numerosa e mais forte que todas as outras ou pelo menos mais forte que cada uma delas; porque ela pode fazer pender a balança em favor do partido ao qual se une e, por esse meio, impedir que uma ou outra obtenha superioridade sensível. Assim, é uma grande felicidade que os cidadãos só possuam uma fortuna média, suficiente para as suas necessidades”. Idem, 1296 a.

<sup>318</sup> São essas as palavras de Sandel: “Com o aprofundamento da desigualdade, pobres e ricos vivem vidas crescentemente separadas. Os afluentes mandam seus filhos para escolas privadas (ou para escolas públicas em subúrbios ricos), deixando as escolas públicas urbanas para as crianças de famílias que não tem outra

primeiramente, na deterioração das instituições públicas, pois aqueles que não usam os serviços públicos são menos inclinados a exigir sua qualidade e mesmo sustentá-los por meio de tributos.<sup>319</sup> Além disso, deixam de existir espaços públicos de convivência cívica, “num esvaziamento da esfera pública que torna difícil o cultivo da solidariedade e do senso de comunidade em que se baseia a cidadania democrática”.<sup>320</sup>

Segundo Sandel, um exemplo marcante é desse esvaziamento é a deterioração das escolas públicas, que, para além de ser “um lugar em que os pobres podem obter educação gratuita”, deve ser também “o lugar onde crianças de diferentes classes podem-se misturar e aprende os hábitos de uma cidadania democrática.”<sup>321</sup> Logo, o senso de comunidade em uma escola pública não é ensinado apenas por informar aos estudantes o seu valor, mas pela própria realidade de estudantes de diferentes classes sociais que convivem e agem em cooperação em projetos comuns.

Joseph E. Stiglitz, focando o crescimento da desigualdade no contexto norte-americano, também adverte para as conseqüências sociais de altos índices de desigualdade. Aponta o autor especificamente os países latino-americanos como exemplos de sociedades em que os ricos vivem em comunidades fechadas e os pobres “sabem que seus prospectos de saírem da pobreza, quanto mais chegarem ao topo, são minúsculos”, gerando, com isso, instabilidade política, altos níveis de criminalidade e “uma ausência de esperança” e de “coesão social”<sup>322</sup>.

Embora o mesmo Joseph E. Stiglitz o cite expressamente como exemplo de sucesso no esforço de diminuição de desigualdade<sup>323</sup>, o Brasil continua sendo um país de profundos contrastes que personifica e justifica, sem qualquer reparo, as alegadas preocupações com os efeitos sociais danosos da desigualdade que começam a surgir na sociedade norte-americana.

---

alternativa. Uma tendência semelhante leva à separação dos privilegiados de outras instituições e dependências públicas. Clubes privados substituem centros de recreação e piscinas municipais. Comunidades residenciais ricas contratam segurança privada e dependem menos da proteção da polícia pública. Um segundo ou terceiro carro remove a necessidade de dependência de transportes público. E assim continua. Os afluentes separam-se dos serviços e locais públicas, deixando-os para aqueles que não podem pagar nada diferente.” SANDEL, Michael J. **Justice**, cap. 10 .

<sup>319</sup> No mesmo sentido, Joseph Stiglitz observa que “os ricos não dependem do governo para parques ou educação ou atendimento médico ou segurança pessoal. Eles podem comprar tudo isso para eles mesmos. Nesse processo, eles se tornam mais distantes das pessoas comuns”.STIGLITZ, Joseph E. **The price of inequality: how today's divided society endangers our future**. New York/London: W.W. Norton & Company, 2012, cap. 4 .

<sup>320</sup> SANDEL, Michael J. **Justice**, cap. 10 .

<sup>321</sup> Idem. Liberalism, consumerism and citizenship. In: ALLMAN, D.D; BEATY, M.D. (Ed). **Cultivating citizens**. Oxford: Lexington Books, 2002, p. 141 .

<sup>322</sup> STIGLITZ, Joseph E. **The price of inequality**, cap. 1/4 .

<sup>323</sup> Ibidem, cap. 1.

Trata-se de um dos países mais ricos do mundo, detentor da oitava maior economia mundial<sup>324</sup>, cuja gama de recursos naturais, volume de produção e nível de tecnologia em diversos setores é superior inclusive à maioria dos países da Europa. Todavia, ao se examinar critérios de avaliação de natureza social, o Brasil tem desempenho bem menos animador. Ocupa a 85ª (octagésima quinta) posição no ranking do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) medido pela Organização das Nações Unidas (ONU)<sup>325</sup>, inferior a países como Eslovênia (21º), Panamá (59º), Costa Rica (62º) e Albânia (70º)<sup>326</sup>, países cujo tamanho da economia sequer é comparável à brasileira.<sup>327</sup>

No que diz respeito à distribuição de renda, ou mais propriamente, à desigualdade na distribuição de riqueza, o índice “Gini” é um bom parâmetro de observação.<sup>328</sup> Estabelecido num valor que vai de zero a 100 (cem), o zero seria atribuído a uma situação hipotética de absoluta igualdade de distribuição de renda, enquanto o 100 (cem) seria para uma situação de absoluta desigualdade. Portanto, quanto maior o valor, mais desigual é a distribuição de renda no país considerado. De acordo com dados do Banco Mundial<sup>329</sup>, enquanto os países escandinavos (Suécia, Noruega, Dinamarca) ocupam as melhores posições, com índice por volta de 25 (vinte e cinco) pontos, a maioria dos países europeus fica na faixa dos 30 (trinta) pontos.<sup>330</sup> Os EUA têm índice por volta de 45 (quarenta e cinco) e o Brasil tem índice de cerca de 54 (cinquenta e quatro), em patamar próximo ao de países como México (48,3), África do Sul (63) e Colômbia (55,9).

---

<sup>324</sup> Com Produto Interno Bruto (PIB) – soma de todos os produtos e serviços finais produzidos no país em um ano - estimado em 2013 no montante de US\$ 2.422.000.000.000 (dois trilhões, quatrocentos e vinte e dois bilhões de dólares). O PIB é calculado de acordo com o critério de paridade de poder de compra (*power purchase parity* – PPP) em relação ao dólar norte-americano. Ressalte-se que todas as referências ao PIB feitas neste estudo levam em conta o critério PPP (PIB/PPP), preferido dos economistas para o exame do bem-estar per capita e para comparar as condições de vida ou uso de recursos dos países. CENTRAL INTELLIGENCE AGENCY (CIA). **The 2013 world fact book**. Disponível em: [www.cia.gov](http://www.cia.gov).

<sup>325</sup> O Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), apresentado anualmente pela ONU em seu Relatório de Desenvolvimento Humano, compila dados referentes à expectativa de vida, analfabetismo, educação, padrão de vida, e PIB *per capita*, e serve como indicativo de grau de desenvolvimento social de um país.

<sup>326</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Relatório anual de desenvolvimento humano (2013)**. Disponível em: [www.un.org](http://www.un.org)

<sup>327</sup> No ranking das economias, o Panamá ocupa a 90ª posição, a Costa Rica a 91ª; Eslovênia a 93ª; a Albânia a 122ª posição. Cf. CENTRAL INTELLIGENCE AGENCY (CIA), op. cit., loc. cit.

<sup>328</sup> O índice Gini é calculado a partir da chamada “curva de Lorenz”, gráfico resultante da razão entre o percentual de renda existente e o percentual de população que a obtém. O índice Gini é apurado a partir da área entre o resultado obtido pelo país e uma linha de referência com ângulo de 45º, que refletiria uma perfeita igualdade de distribuição de renda. CENTRAL INTELLIGENCE AGENCY (CIA), op. cit., loc. cit

<sup>329</sup> Disponíveis em: [www.worldbank.org](http://www.worldbank.org).

<sup>330</sup> Alemanha: Gini 27; França: Gini 32,7; Espanha: Gini 34,7; Portugal: Gini 38,5, p. exemplo. Cf. CENTRAL INTELLIGENCE AGENCY (CIA), op. cit.

Diante dessa desigualdade, a historicamente recente estabilização política e econômica ocorrida no Brasil não eliminou a realidade de degradação social, em que mesmo pessoas de classe média, para além de suportar uma alta carga tributária<sup>331</sup>, têm recorrer a escolas e planos de saúde privados, a condomínios fechados e a automóveis blindados para ter alguma “qualidade de vida”, com conseqüente e crescente individualismo e falta de senso de comunidade ou de preocupação e zelo com as instituições públicas.

Dito isso, e passando ao largo das graves conseqüências da desigualdade para o crescimento e eficiência da economia<sup>332</sup>, contempla-se que a desigualdade esvazia a percepção de uma esfera pública de vida em comum e o cultivo da cultura cívica, ignorando a já alentada advertência de Hegel de que os seres humanos “são inevitavelmente incorporados em determinadas práticas e relações históricas” e que “o bem dos indivíduos – e mesmo sua própria identidade e capacidade de moralidade – é atrelado às comunidades a que pertencem e aos peculiares papéis sociais e políticos que ocupam.”<sup>333</sup> Dessa maneira, a dignidade da pessoa humana como valor comunitário depende do reconhecimento de cada membro da comunidade como portador de um igual status moral como pessoa em sua relação com o Estado e com os demais membros da comunidade.

Apesar da realidade de desigualdade apresentada, a afirmação da importância teórica da igualdade como critério de justiça pode ser entendida como verdadeiro truísmo na cultura contemporânea ocidental, haja vista que, em face da perda de plausibilidade de argumentos religiosos ou metafísicos, a discussão da idéia de igualdade acaba por ser ponto central ou “platô igualitário”<sup>334</sup> de teorias político-filosóficas das mais diversas orientações, todas elas prescrevendo que as pessoas devem ser tratadas igualmente em alguma medida.<sup>335</sup>

---

<sup>331</sup> Correspondente, segundo estudos do Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT), a 36,42% do seu Produto Interno Bruto – PIB. IBPT. Evolução da carga tributária brasileira e previsão para 2013. Disponível em: [www.ibpt.org.br](http://www.ibpt.org.br)

<sup>332</sup> Sobre o tema, com detalhes, cf. STIGLITZ, Joseph E. **The price of inequality**, cap. 4.

<sup>333</sup> KYMILICKA, Will. **Contemporary political philosophy**, cap. 6. .

<sup>334</sup> Ibidem, p. 5

<sup>335</sup> SEN, Amartya. **Inequality reexamined**. Cambridge: Harvard University Press, 1992, p. 3. Segundo Sen, “as teoria envolvidas são diversas e frequentemente em guerra entre si, mas elas ainda assim parecem ter essa característica comum. Nas disputas contemporâneas de filosofia política, a igualdade, é claro, figura proeminentemente nas contribuições de John Rawls (igual liberdade e igualdade na distribuição de ‘bens primários’), Ronald Dworkin (‘tratamento com iguais’, ‘igualdade de recursos’), Thomas Nagel (‘igualdade econômica’), Thomas Scanlon (‘igualdade’) e outros geralmente associados com uma visão ‘pro igualdade’. Mas a igualdade é alguns espaços parece ser necessária até para aqueles que são tipicamente vistos como sendo contrários à ‘tese da igualdade’ ou a ‘justiça distributiva’. Por exemplo, Robert Nozick (..) demanda igualdade de direitos libertários – ninguém tem mais direito a liberdade que qualquer outro. James Buchanan inclui um tratamento político e legal igual (..) na sua visão de uma boa sociedade. Em



Todavia, apesar desse eventual consenso formal quanto à importância da igualdade, que “motiva as pessoas com um apelo imediato dificilmente alcançado por qualquer outro conceito”, sua aplicação concreta “envolve complexidades de ordem econômica, social, política e filosófica”<sup>336</sup>, justamente por sua utilização comum por teses de mais diversas matizes.<sup>337</sup> Há, por isso, de se considerar o debate acerca do conceito material de igualdade, bem como quanto aos meios pelos quais a igualdade deve ser concretizada na sociedade.

## 2 A IGUALDADE COMO ELEMENTO DA DIGNIDADE SOCIAL

O atual consenso teórico quanto à importância da igualdade remete às noções contratualistas e jusnaturalistas de uma sociedade pré-estatal na qual todos os seres humanos teriam igualdade inerente de direitos naturais.<sup>338</sup> A filosofia de Kant sumariza tal percepção a partir do imperativo categórico da já referida “fórmula da humanidade”, em que o ser humano é considerado um fim em si mesmo e, por isso, dotado de igual dignidade inerente. Por conseguinte, deve ser dotado também de igual capacidade racional e de autonomia, derivados dessa dignidade inerente comum<sup>339</sup>

Seguindo a tese contratualista de Rawls, a igualdade é tida como essencial para a definição de justiça, uma vez que seus princípios seriam escolhidos e adotados socialmente a partir de uma posição original hipotética, em que todos se encontrariam numa condição inicial de igualdade plena e em que os interesses particulares não exerceriam qualquer influência<sup>340</sup>. No momento da escolha dos princípios de justiça, os indivíduos estariam encobertos pelo chamado “véu da ignorância”, elemento que garantiria a escolha a partir de um consenso ou ajuste equitativo, sem (des)favorecimentos resultantes do acaso natural ou

---

cada teoria, a igualdade é buscada em algum espaço – espaço que é visto com tendo um papel central naquela teoria.”Idem, p. 12.

<sup>336</sup> SEN, Amartya. **On economic equality**. Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 109.

<sup>337</sup> Bem observa Dworkin que a “a igualdade é um conceito contestado: pessoas que a defendem ou a desprezam discordam sobre o que estão defendendo ou desprezando”. DWORKIN, Ronald. **Sovereign virtue: theory and practice of equality**. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p. 2.

<sup>338</sup> Para Thomas Hobbes, os homens possuiriam direitos iguais em sua condição natural, baseado em sua igual capacidade de ataque mútuo. John Locke defendia o direito natural igual de liberdade e auto-governo, enquanto J.J. Rousseau defendia que as desigualdades seriam um desvirtuamento da igualdade inerente do homem em estado de natureza, catalizado pelo desejo de propriedade. Nesse sentido, cf. HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1651, 2008; LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 1690, 2006; ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso Sobre a Origem da Desigualdade**. São Paulo: Abril Cultural, 1755, 1973.

<sup>339</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**, p. 73 e ss.

<sup>340</sup> A posição original, segundo Rawls, é o “*status quo* inicial apropriado para assegurar que os consensos básicos nele estabelecidos sejam equitativos”. RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**, p. 19-20.

de circunstâncias sociais.<sup>341</sup> Nesse contexto, as partes seriam representadas como “pessoas dignas, e o resultado não é condicionado por contingências arbitrárias ou pelo equilíbrio relativo das forças sociais.”<sup>342</sup>

Essa noção de igualdade apresentada pelos referidos autores destaca o caráter universal e inerente da dignidade da pessoa humana: todos os seres humanos são iguais em sua humanidade e, portanto, devem ser tratados igualmente e terem os mesmos direitos, dentro da visão aristotélica, referenciado Platão, de igualdade de tratamento entre iguais.<sup>343</sup>

A igualdade, sob esse enfoque formal, estabelece claramente a vedação de discriminações fundadas em elementos como raça, sexo, situação cultural ou econômica, etc. As circunstâncias e características pessoais são irrelevantes para fins de aplicação das leis, as quais, segundo Gerhard Anschutz, “devem ser executadas sem olhar às pessoas”.<sup>344</sup> Nesse sentido, a igualdade exerce claramente “precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (...) sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei”.<sup>345</sup>

Evita-se, assim, que a dignidade do ser humano seja vulnerada a partir de decisões e escolhas arbitrárias, que promovam um tratamento diferenciado com base em características pessoais que devem ser tidas como irrelevantes no processo decisório, inclusive no que tange à alocação de prestações estatais.<sup>346</sup> Essa igualdade formal induz ao que Aristóteles denominou de igualdade numérica, por meio da qual a distribuição de bens e serviços deve

---

<sup>341</sup> Segundo Rawls, “a idéia norteadora é que os princípios da justiça para a estrutura básica da sociedade são o objeto do consenso original. São esses princípios que pessoas livres e racionais, preocupadas em promover seus próprios interesses, aceitariam numa posição inicial de igualdade como definidores dos termos fundamentais de sua associação”. RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**, p. 12-13.

<sup>342</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**, p. 129.

<sup>343</sup> ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2004, V.3. 1131a-1131b. Nesse sentido, Aristóteles defende que “a igualdade significa que os ricos e os pobres não têm privilégios políticos, que tanto uns como outros não são soberanos de um modo exclusivo, e sim que todos o são exatamente na mesma proporção”. ARISTÓTELES. **A política**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 211.

<sup>344</sup> ANSCHUTZ, Gerhard *apud* CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, p. 426.

<sup>345</sup> STF. MI 58 (1991). Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). De acordo com o voto do relator, Celso de Mello, “a igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade”. Idem, loc. Cit.

<sup>346</sup> Para Isaiah Berlin, a noção formal de igualdade é decorrência direta da aplicação da regra de racionalidade, uma vez que seria irracional, por inconsistente, tratar casos iguais desigualmente sem que haja razões suficientes para tanto. BERLIN, Isaiah *apud* GOSEPATH, Stefan. Equality. In: ZALTA, Edward N. (ed). **The Stanford encyclopedia of philosophy**. Disponível em: <http://plato.stanford.edu>.

ser realizada a partir do tratamento idêntico de todos os indivíduos, que implica a distribuição também em idêntica medida para cada um.<sup>347</sup>

A igualdade formal, como elemento da dignidade, consiste em “um princípio de ação segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma”.<sup>348</sup> Logo, em caso de absoluta igualdade de “categoria essencial” entre as pessoas, a igualdade formal ou numérica é suficiente para atender os anseios de justiça distributiva no campo prestacional.

Todavia, essa noção formal de igualdade formal dissocia-se da realidade<sup>349</sup> ao ignorar a diversidade de circunstâncias pessoais e a complexidade da vida e das relações sociais contemporâneas<sup>350</sup>, além de não atender à questão crucial de estabelecer quais dessas circunstâncias e situações têm relevância normativa para figurar como “categoria essencial” que justifique uma igualdade ou distinção de tratamento. Por essa razão, uma igualdade formal obtida pela desconsideração de elementos ínsitos à pessoa humana socialmente considerada não é suficiente para a garantia plena da dignidade da pessoa humana como valor comunitário, notadamente em sua perspectiva social.

Diante disso, a dignidade da pessoa humana manifesta a necessidade de se considerar a igualdade também do ponto de vista material, de modo que a idéia de igualdade entre as pessoas seja concretizada pela identificação de qual tipo de igualdade cada pessoa faz jus.<sup>351</sup> É necessário, pois, garantir uma substância ao conceito de igualdade mediante a definição, na “presença de uma pluralidade de entes”, de “que tipo de relação existe entre eles”<sup>352</sup> e de quais fatores devem ser considerados como legítimos para a comparação.

---

<sup>347</sup> ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. V.3. 1130b-1132b.

<sup>348</sup> PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 19. No mesmo sentido, expõe Norberto Bobbio que a igualdade formal é “entendida como o igual tratamento daqueles que pertencem a uma mesma categoria”. BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 311.

<sup>349</sup> Ronald Dworkin referencia-se à teoria de Rawls como baseada “fortemente em um mobiliário de fantasia”, fazendo imaginar “leilões em ilhas desertas que levariam meses para serem completados (..) a partir de um retorno voluntário a um estado de natureza ou a uma ilha isolada com convenientes véus ou fichas de aposta à mão”. DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 352.

<sup>350</sup> Há de se ter em conta que, justamente por força de nossa humanidade, “a pluralidade é a condição da ação humana (..) sem que ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha a existir”. ARENDT, H. **A condição humana**, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 15.

<sup>351</sup> Diz Amartya Sen que “não podemos começar a defender ou criticar a igualdade sem saber sobre o que na verdade estamos falando, i.e., igualdade de que aspectos (renda, riqueza, oportunidades, conquistas, liberdades, direitos)?” SEN, Amartya. **Inequality reexamined**. Cambridge: Harvard University Press, 1992, p. 12.

<sup>352</sup> BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. 3 ed. Rio de Janeiro: Ediuouro, 1997, p. 13. O mesmo autor estabelece que, para se evitar que “a invocação da igualdade seja um *flatus vocis*”, é preciso responder

Novamente é em Aristóteles que se encontra a idéia de igualdade proporcional, por meio da qual a justiça distributiva é realizada quando a distribuição de benefícios e ônus é realizada de acordo com as condições reais do mundo.<sup>353</sup> A partir da inspiração aristotélica, tem-se a clássica lição de Ruy Barbosa de que a igualdade “não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam.”<sup>354</sup> Boaventura de Sousa Santos, por sua vez, traduz com apuro tal noção ao estabelecer que “as pessoas e os grupos sociais têm o direito de ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza”<sup>355</sup>.

A igualdade, nesse contexto, é tida como algo a ser construído pelos seres humanos, ensejando inclusive um tratamento desigual das pessoas, por meio do qual “alguém pode receber um quinhão igual ou desigual ao de outra pessoa” para que a igualdade desempenhe “uma função corretiva nas transações entre indivíduos”<sup>356</sup>. Assim sendo, a igualdade material vai além de buscar os fatores relevantes para a busca de equivalência ou dessemelhança entre pessoas ou grupos: busca promover também a justiça entre eles mediante o tratamento ou distribuição desigual<sup>357</sup>, desde que isso não ocorra de maneira arbitrária.<sup>358</sup>

A igualdade material justifica então regras de distribuição diferenciadas, quer pela inclusão, quer exclusão de sujeitos sob circunstâncias reconhecidamente diferentes, desde que

---

às seguintes perguntas: “a) igualdade entre quem? b) igualdade com relação a que coisas?” BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**, p. 298.

<sup>353</sup> ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**., V.3. 1130b-1132b.

<sup>354</sup> BARBOSA, Ruy, **Oração aos moços**. 5. ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1999, p. 26. Segue o Autor: “nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”. Idem, loc. Cit.

<sup>355</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa *apud* MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 92.

<sup>356</sup> ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**., V.3. 1130b-1132b, p. 108.

<sup>357</sup> BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**, p. 20.

<sup>358</sup> Nesse sentido, Canotilho observa: “existe observância da igualdade quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente (proibição do arbítrio) tratados como desiguais. Por outras palavras: o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária. O arbítrio da desigualdade seria condição necessária e suficiente da violação do princípio da igualdade”. A igualdade é violada, assim, quando o tratamento diferenciado “não se basear num: (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável” CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, p. 565. Em já clássica monografia sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello estabelece três preceitos de verificação de respeito à igualdade no ponto de vista jurídico: “a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; b) a segunda reporta -se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 23.

tais circunstâncias sejam relevantes “em relação ao gênero de benefícios ou encargos a distribuir”.<sup>359</sup> Nesse passo, a norma jurídica passa a exercer função precípua de “dispensar tratamentos desiguais”, discriminando situações “à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes. Donde a algumas são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por obrigadas em diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos”.<sup>360</sup>

Dito isso, a igualdade material pode ser compreendida como uma idéia relacional de tratamento de todas as pessoas como iguais, o que se diferencia do tratamento igual para todas as pessoas. Essa diferença nasce com Dworkin, para quem um “direito a igual tratamento (*equal treatment*)” garante uma igual “distribuição de alguma oportunidade, recurso ou encargo”, o que, como visto, nem sempre reflete uma justiça distributiva. Faz-se necessário garantir um “direito ao tratamento como igual (*treatment as equal*)”, definido como “o direito, não de receber a mesma distribuição de algum encargo ou benefício, mas de ser tratado com o mesmo respeito e consideração que qualquer outra pessoa.”<sup>361</sup>

Nota-se então que a igualdade material tem clara natureza relacional e, portanto, social, pois pressupõe a comparação de dois ou mais sujeitos ou grupos à luz de uma determinada característica que os equipara ou os desiguala.<sup>362</sup> A igualdade material é, pois, intrinsecamente vinculada à concepção de dignidade social e constitui “a ponte dogmática” para a adequação da dignidade humana à noção relacional e comunicativa.<sup>363</sup>

Tal vinculação aparece de forma nítida ao se analisar os diplomas constitucionais em que há expressa menção ao termo “dignidade social”, em que tal termo é contextualizado ou mesmo absolutamente identificado com a idéia de igualdade. Isso ocorre, por exemplo, no

---

<sup>359</sup> BOBBIO, Norberto *et al.* **Dicionário de política**. V. I. 11 ed. Brasília: UNB, 1983, p. 600. Seguem os autores sua explicação: “sendo a idade e a cidadania relevantes com relação ao direito de voto, é igualitário limitar o privilégio aos cidadãos adultos. A riqueza é relevante para a imposição de impostos; portanto, o imposto fixo ou o imposto progressivo sobre a renda são igualitários. Inversamente, uma regra é inigualitária, tanto se se baseia em diferenças de características não relevantes, como se não leva em conta as relevantes. Sexo, cor ou riqueza não são relevantes para o fato de votar; a limitação deste direito aos homens, ou aos brancos, ou aos proprietários, não é igualitária. A riqueza é relevante para a tributação; por conseguinte, o imposto indireto é inigualitário, pois impõe uma contribuição de igual medida aos adquirentes pobres e ricos. Tal como o mérito do indivíduo, a relevância de uma característica pessoal é um termo avaliatório e não descritivo.” *Idem*, loc. Cit., p. 600.

<sup>360</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**, p. 12-13.

<sup>361</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 349-350.

<sup>362</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, p. 564.

<sup>363</sup> HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional**. México: UNAM, 2003, p. 171-172.

art. 3º, primeira parte, da Constituição da República Italiana<sup>364</sup>, cujo texto é replicado no art. 13º, n. 1, da Constituição da República Portuguesa<sup>365</sup>.

Em ambos os casos, as provisões constitucionais estabelecem uma relação significativa entre dignidade e igualdade substantiva e relacional, na busca de suplantar uma visão atomista e abstrata de igualdade meramente formal e de impor ao Estado “um dever específico de considerar os indivíduos em suas conexões mútuas e substantivas no contexto social”.<sup>366</sup> A afirmação social da dignidade humana implica que as autoridades públicas devem-se empenhar em garantir o pleno respeito e o pleno desenvolvimento da pessoa como sujeito da sociedade em que vive e nas suas relações com os outros.

Vislumbra-se, por conseguinte, a associação entre igualdade material e a percepção de reconhecimento da dignidade social<sup>367</sup>, ao se tomar essencial para a igualdade as particularidades de cada pessoa e sua inserção no contexto social. Ao mesmo tempo, a igualdade material busca minorar o que Thomas Scanlon denomina “diferenças estigmatizantes de status”<sup>368</sup>, que implicam diminuição do auto-respeito e do respeito da comunidade para com o sujeito. Como bem destacam Hausman e McPherson, a pessoa sem moradia não é apenas pobre, mas também é vista como suspeita, medo e desprezo pelos mais afortunados, tornando difícil a preservação de seu respeito próprio. Por isso, concluem que “desigualdades como as que separam camponeses pobres em países menos desenvolvidos dos yuppies nos seus apartamentos de um milhão de dólares são inconsistentes com o reconhecimento de que todos têm capacidade e valor e violam o dever de igual respeito”.<sup>369</sup>

---

<sup>364</sup> “Art. 3º. Todos os cidadãos têm igual dignidade social e são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, língua, religião, opiniões políticas, condições pessoais e sociais..” ITÁLIA. **Constituição da República Italiana de 1947**. Disponível em: [www.governo.it/Governo/Costituzione/principi.html](http://www.governo.it/Governo/Costituzione/principi.html).

<sup>365</sup> “art. 13º, n. 1: Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”. PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa de 1976**. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>

<sup>366</sup> MARELLA, Maria Rosaria Marella. A new perspective on human dignity: European contract Law, social dignity and the retreat of the Welfare State. In: GRUNDMAN, Stefan (ed.). **Constitutional values and European contract Law**. The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2008, p. 123–147. No mesmo sentido, no contexto da doutrina constitucional portuguesa, cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, Tomo IV, p. 189; CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, p. 411.

<sup>367</sup> Cf. Título I, Cap. I, 2, 2.3.

<sup>368</sup> SCANLON, Thomas M. The diversity of objections to inequality, p. 207. Para Scanlon, “o exemplo óbvio são as instituições econômicas que produzem disparidades de renda e de riqueza tão grandes que algumas pessoas podem experimentar vergonha e humilhação porque são obrigados a viver de uma maneira que é bem abaixo do que a maioria das na sociedade consideram como minimamente aceitáveis.” Ibidem, p. 213.

<sup>369</sup> HAUSMAN, Daniel M.; MCPHERSON, Michael S. **Economic analysis, moral philosophy and public policy**, p. 183.

Do mesmo modo, na medida em que a dignidade deve ser garantida ao ser humano dentro do contexto de “suas reais condições de vida”<sup>370</sup>, a igualdade material que a integra remete à noção de bem-estar material, resultando na necessidade de ações concretas para sua efetiva valorização e servindo como fundamento de dever social da comunidade de lançar mão dos recursos necessário para esse fim<sup>371</sup>.

Novamente com base nas preocupações de Ferdinand Lassalle com a indispensável consideração da realidade social para concreção de uma Constituição real<sup>372</sup>, há de se ter em conta que, apesar das relações jurídicas partirem de um pressuposto de igualdade entre as partes, a sociedade real não se traduz a partir de relações de igualdade. Configura-se, sim, a partir de relações materiais de dominação, em que o sujeito não apresenta condições materiais mínimas para alcançar uma igualdade, por não dispor de educação para uma decisão consciente ou de recursos que lhe permitam não se submeter a condições degradantes de trabalho, por exemplo.

Por conseguinte, como bem destaca Jorge Miranda, a “igualdade material não se oferece, cria-se; não se propõe, efetiva-se; não é um princípio, mas uma consequência (...) Assim, o conceito de direito à igualdade consiste sempre num comportamento positivo, num *facere* ou num *dare*”.<sup>373</sup> Aclara-se, assim, o vínculo entre a dignidade social e uma “garantia de existência material mínima ao indivíduo”<sup>374</sup>, já discutida anteriormente<sup>375</sup>, cabendo ao Estado, por meio de sua atividade prestacional, papel fundamental para a efetivação dessa garantia de igualdade material nas relações jurídicas concretas.

### 3 A IGUALDADE COMO PARÂMETRO DE JUSTIÇA DISTRIBUTIVA

Estabelecida a importância da igualdade para a percepção da dignidade como valor, bem como a devida compreensão do conceito de igualdade sob os pontos de vista formal e material, resta investigar sob que maneira essa igualdade opera – ou deve operar – como parâmetro de concretização efetiva da dignidade da pessoa humana no campo prestacional.

---

<sup>370</sup> DÍAZ, E. **Un itinerario intelectual de filosofía jurídica y política**. Madrid: Biblioteca Nueva, 2003, p. 10.

<sup>371</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e outras liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 333-334.

<sup>372</sup> Cf. Título II, Cap. III, 2.

<sup>373</sup> MIRANDA, Jorge, **Manual de direito constitucional**. Tomo IV, p. 103.

<sup>374</sup> BENDA, Ernesto *et al.* **Manual de derecho constitucional**, Madri: Marcial Pons, 1996. p. 124-127.

<sup>375</sup> Cf. Título V, Cap. II, 2.

Nos termos mencionados anteriormente, embora a preocupação com a igualdade seja uma constante na teoria política, seu peso e suas conseqüências são variáveis de acordo com a compreensão filosófica que é dada à igualdade em cada uma das diversas teses que sustentam sua importância<sup>376</sup>, havendo posições diversas sobre o modo que a equalização deve ser realizada e sobre os objetivos dessa equalização.

Prejudicial a esse debate, porém, é o questionamento acerca do cabimento e/ou extensão do papel do Estado no estabelecimento de medidas jurídico-políticas voltadas para a busca de igualdade de condições sociais, tais como políticas fiscais, ações afirmativas ou, no que interessa especificamente, (re)distribuição material de recursos e serviços públicos.

Com base em uma noção liberal de *laissez faire* baseada em John Locke e Adam Smith, há quem defenda que a realização da igualdade não é papel estatal, não cabendo ao Estado, por conseguinte, a garantia de direitos prestacionais. Essa visão estabelece uma ausência ou, pelo menos, um papel minimalista do Estado na justiça distributiva, sob o argumento de que uma maior intervenção estatal implicaria oposição à liberdade individual, liberdade essa restringível apenas para fins de manutenção da ordem e segurança.<sup>377</sup>

Nesses termos, a igualdade entre as pessoas seria garantida simplesmente a partir da garantia de liberdade de mercado, por meio da qual cada um poderia gerir suas vidas como bem lhe aprouvesse. A desigualdade, embora inevitável, decorreria da natural disparidade de capacidade, de inteligência ou mesmo de sorte de cada pessoa em sua vida social e econômica. Não sendo decorrente de qualquer ação estatal, tal desigualdade não poderia ser interpretada como falta de preocupação do Estado com aqueles que findarem no campo dos menos favorecidos, “do mesmo modo de que o fato da maioria dos corredores perder uma corrida não sinaliza uma falta de preocupação dos organizadores da corrida para com os perdedores”.<sup>378</sup>

Entretanto, a realidade histórica – tão recente quanto à última crise do mercado financeiro mundial de 2008 - demonstra que a ausência de regulação de mercado acaba por criar um círculo vicioso de desigualdade que, por si só, é fator absolutamente determinante para uma economia menos eficiente e produtiva e para a instabilidade social.

---

<sup>376</sup> HAUSMAN, Daniel M.; McPHERSON, Michael S. **Economic analysis, moral philosophy and public policy**, p. 177.

<sup>377</sup> Nesse sentido, cf. HAYEK, Friederich A. **The constitution of liberty**: the definitive edition. Chicago: University of Chicago Press, 1960, 2011.

<sup>378</sup> DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**, p. 353.



Como bem destaca Joseph Stiglitz, um setor público eficiente é fundamental para a viabilidade e crescimento da economia na exata medida em que garante a “infra-estrutura que permite a uma sociedade e a uma economia funcionem”.<sup>379</sup> A desigualdade e o conseqüente e já referido distanciamento social dos mais ricos resulta na ausência do espírito coletivo necessário para a realização de tais investimentos de infra-estrutura, pois “quanto mais dividida se torna uma sociedade em termos de riqueza, mais relutantes são os ricos em investir em necessidades comuns”<sup>380</sup>. Considerando a natural correspondência entre o poder econômico e o poder político<sup>381</sup>, as escolhas políticas acabam por não priorizar tais investimentos, com conseqüências nefastas para a própria economia de mercado.

Diante disso, por mais que se defenda uma visão ampla de liberdade capitalista de mercado, há de lembrar, em consonância com Dworkin, que “a regulação é freqüentemente necessária para aperfeiçoar a liberdade ou eficiência de um mercado”, razão pela qual “um mercado livre não é inimigo da igualdade, como freqüentemente se supõe”.<sup>382</sup> Cabe ao Estado então exercer políticas públicas voltadas à diminuição das desigualdades, usando seu poder para devotar recursos “para investimentos públicos que podem contribuir para o bem comum ou ajudar aqueles que estão por baixo”.<sup>383</sup>

A equalização é, pois, uma das mais importantes causas de intervenção na liberdade de mercado, que se justifica, para além das preocupações já mencionadas com a dignidade da pessoa humana, pela preocupação com a própria liberdade econômica.<sup>384</sup> Cumpre então

---

<sup>379</sup> Segue o autor: “se o governo não provê rodovias, portos, educação ou pesquisa básica – ou cuida para que alguém o faça, ou pelo menos proveja as condições para que alguém possa fazer – então os negócios comuns não podem florescer”. STIGLITZ, Joseph E. **The price of inequality**, cap. 4.

<sup>380</sup> Ibidem, loc. Cit.

<sup>381</sup> Sobre as discrepâncias trazidas pela desigualdade no poder político e no processo eleitoral, que podem levar ao questionamento de sua própria legitimidade, cf. SCANLON, Thomas M. The diversity of objections to inequality. In: SCANLON, Thomas M. **The difficulty of tolerance: essays in political philosophy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 205-207.

<sup>382</sup> DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**, p. 356.

<sup>383</sup> STIGLITZ, Joseph E. **The price of inequality**, cap. 4.

<sup>384</sup> Sobre o tema, vale conferir a lição de Fernando Araújo: “A principal razão justificativa de uma intervenção pública nos mercados deriva (...) de considerações de justiça social, de solicitude pelos mais desfavorecidos, pelos mais explorados e pelos excluídos no jogo da economia. O rendimento atribuído aos participantes nesse ‘jogo’ deveria em princípio ser proporcional ao esforço e habilidade por eles aplicados na produção de bens e serviços para os quais existisse procura no mercado; e se é de esperar que a economia do mercado não se insensibilize a ponto de ignorar aqueles que estão incapacitados de contribuir com o seu esforço e habilidade para a produção, o que seria de uma gritante desumanidade, já não parece tão óbvio porque mais sutil - que o mercado atenda às circunstâncias episódicas que tomam menos ágil e pronta a resposta dos produtores e dos trabalhadores às mudanças de solicitações do consumo: quando é certo que, se no longo prazo é de contar com a mobilidade que de novo realinha os interesses das partes nas trocas, no curto prazo a falta desse ‘alinhamento’, que é muito mais provável, pode significar a ruína, a exclusão, a pobreza, e mesmo a luta pela sobrevivência. Assim, se a busca individual

averiguar de que forma tais políticas de equalização - notadamente aquelas consubstanciadas em prestações estatais – adéquam-se aos preceitos de justiça distributiva, o que se vincula diretamente às bases teóricas que orientam tais políticas.

Do ponto de vista jurídico-positivo, o exame da igualdade como critério de justiça distributiva poderia resumir-se no velho brocado romano *suum cuique tribuere*, pelo qual a justiça distributiva é garantida ao se dar a cada um o que lhe cabe por força da lei, aplicando-se as mesmas leis às mesmas situações (*in paribus causis paria jura*). Garantir a igualdade e a justiça seria, portanto, “conceder a cada ser o que a lei lhe atribui [e] aplicar as leis do país”<sup>385</sup>.

Não se pode negar, por certo, que o cumprimento fiel da lei – interpretada aqui como norma jurídica em sentido amplo – é pressuposto de justiça. Contudo, essa premissa atende a preocupação da justiça distributiva como equidade apenas em um segundo momento, partindo do pressuposto de que o ordenamento jurídico já tem uma resposta adequada para dizer o que cabe a cada um a partir de critérios de equalização justos. Como bem destaca John Rawls, não há maneira de se identificar o que o indivíduo tem direito sem antes saber qual seria um esquema institucional justo. Assim, embora a justiça como equidade não deva ter o objetivo de distribuir bens de acordo com uma virtude puramente moral, há de se apurar primeiramente qual o critério de equalização adotado pelo ordenamento jurídico, pois “um esquema justo dá aquela pessoa (...) aquilo que lhe é devido de acordo com o que é definido pelo próprio esquema (justo)”.<sup>386</sup>

### 3.1 Concepções de igualdade distributiva

Assegurar a dignidade igual de cada pessoa no campo prestacional depende da interpretação dos parâmetros de aplicação do princípio da igualdade na atividade estatal de equalização, dentro do que é tido comunitariamente como justiça distributiva. Sabendo-se o porquê de se equalizar, deve-se perquirir como essa equalização deve ser realizada pelo Estado.

---

*de vantagens e de proveitos desiguais é porventura o principal incentivo à actividade económica num ambiente de liberdade, o Estado não deve demitir-se de balizar, ao menos nos seus limites mínimos, o resultado da livre manifestação desses incentivos, evitando que a regra de coexistência e de complementaridade em que o mercado se baseia por sua vez destrua os seus próprios alicerces.”* ARAÚJO, Fernando. **Introdução à economia**, p. 50 (grifo nosso).

<sup>385</sup> PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 13.

<sup>386</sup> RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma reformulação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 276.

A mencionada noção romana de *dignitas hominis*, que inicia o esboço de uma noção intersubjetiva e social da dignidade<sup>387</sup>, indicava um critério distributivo em que a igualdade se restringia a determinada classe ou posição social, havendo clara desigualdade entre nacionais e estrangeiros, nobres e servos, livres e escravos, etc. Apesar do exemplo histórico recente do *apartheid* da África do Sul e da permanente influência social do tradicional sistema de castas da Índia, a distribuição baseada em uma “justiça aristocrática”<sup>388</sup> é geralmente tida como epítome de desigualdade, sendo “uma estratégia beirando o moralmente indefensável, por garantir e defender privilégios que, por sua vez, têm origem em circunstâncias questionáveis”.<sup>389</sup>

A consolidada premissa da igual dignidade inerente de todas as pessoas leva então a uma posição *prima facie* de que a igualdade distributiva corresponderia a uma atividade prestacional que distribuisse igualmente todos os bens e serviços passíveis de serem fornecidos pelo Estado. Desse modo, todas as pessoas deveriam ser tratadas da mesma forma, independentemente de quaisquer elementos que as diferenciem.

Outra possibilidade semelhante de aplicação da igualdade como critério de concretização da dignidade humana na atividade prestacional é a igual consideração dos interesses de todas as pessoas. Sendo cada pessoa dotada de igual dignidade, os interesses de cada um devem ser considerados em igual peso e importância, sem consideração do conteúdo de tal interesse ou a situação concreta de cada indivíduo. Trata-se, evidentemente, de uma perspectiva utilitarista de igualdade, pois busca “tratar cada pessoa com um igual a partir da valorização de seu prazer (ou felicidade, ou bem-estar ou sucesso) igualmente na escolha de políticas que irão aumentar a agregação de prazer (ou uma dessas outras *commodities*) na comunidade como um todo”.<sup>390</sup>

Todavia, as teses que defendem uma distribuição absolutamente igual entre todos ou uma visão utilitarista de igualdade não encontram guarida na concepção de dignidade da pessoa humana que serve de parâmetro deontológico para a atividade prestacional do Estado.

---

<sup>387</sup> Cf. Título I, Cap. I, 2.

<sup>388</sup> PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**, p. 12

<sup>389</sup> MATHIS, Klaus. **Efficiency instead of justice? P. 185.**

<sup>390</sup> DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**, p. 354. No mesmo sentido, leciona Will Kymlicka: “Como diz Bentham, nós contamos todos por um, ninguém por mais de um. Na primeira perspectiva do utilitarismo, então, a razão pela qual devemos dar igual peso às preferências de cada pessoa é que isso trata as pessoas como iguais, com igual preocupação e respeito.” KYMILICKA, Will. **Contemporary political philosophy**, cap. 2.

A primeira baseia-se claramente na noção formal de igualdade e, por isso, é passível das mesmas observações críticas já veiculadas em face dessa idéia, as quais levam à sua insuficiência para a garantia da dignidade da pessoa humana por desconsiderar diferenças normativamente relevantes para justificar um tratamento igual ou desigual.<sup>391</sup>

Quanto à tese utilitarista, para além das ponderações contrárias ao utilitarismo como padrão de justiça distributiva no campo prestacional externadas anteriormente<sup>392</sup>, cumpre destacar ainda que a natureza igualitária do utilitarismo é apenas aparente, não se sustentando em um melhor exame. Além da diferença axiológica entre os diversos interesses individuais, que não podem nem devem ser considerados igualmente<sup>393</sup>, vale notar que a tese de igualdade utilitarista se dá em um campo de maximização de utilidades no cômputo geral da comunidade, o que, como bem destaca Amartya Sen, “não é, em um sentido óbvio, particularmente igualitário”.<sup>394</sup>

Outrossim, uma preocupação com a maximização de utilidades acaba por vulnerar a própria noção de dignidade, pois tal estratégia consiste na “valorização da felicidade, ou bem-estar ou alguma outra interpretação de utilidade, sem considerar em que pessoa ela reside. Mas isso é preocupação com uma *commodity*, não com uma pessoa”.<sup>395</sup> Nesse sentido, embora não se possa separar o indivíduo de seu contexto social, a falta de consideração do sujeito como pessoa acaba por vulnerar a própria idéia de igualdade como igual respeito por cada indivíduo.<sup>396</sup>

No campo prestacional, o respeito à igual dignidade das pessoas tem sua aplicação garantida não por uma distribuição idêntica a todos, mas sim por meio da igual consideração de todas as pessoas quando da escolha dos critérios distributivos.<sup>397</sup> Essa igual consideração, por sua vez, não impede uma distribuição desigual; exige apenas que tal distribuição seja

---

<sup>391</sup> Cf. Título VI, Cap. 2, 2.

<sup>392</sup> Cf. Título V, Cap. I, 2, 2.1

<sup>393</sup> Não se pode interpretar todos os interesses com igual peso, havendo aqueles que devem ser mais valorizados que outros por irem ao encontro da promoção da dignidade humana. Sobre o tema, inclusive no contexto dos chamados “prazeres superiores” na própria tese utilitarista de Stuart Mill, cf. SANDEL, Michael J., **Justice**, cap. 2.

<sup>394</sup> SEN, Amartya. **Inequality reexamined**, p. 13.

<sup>395</sup> DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**, p. 354

<sup>396</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**, p. 26-33.

<sup>397</sup> John Rawls admite a concepção de que “as partes são pessoas morais iguais (...) os homens têm uma dignidade igual, significando simplesmente que todas elas satisfazem as condições de personalidade moral que se expressam na interpretação da situação contratual inicial” e que, por isso, “elas devem ser tratadas segundo as exigências dos princípios da justiça”. Todavia, afirma que “nada disso implica que suas atividades e realizações tenham perfeição igual”, sob pena de se “confundir a noção de personalidade moral com as várias perfeições abrangidas pelo conceito de valor”. RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**, p. 363-364.

devidamente justificada perante a comunidade de sujeitos igualmente relevantes, que devem decidir democraticamente sobre a justiça de determinado critério prestacional.<sup>398</sup>

Logo, para que alguém receba mais e outro menos, é essencial que os critérios de diferenciação sejam justificáveis comunitariamente, sob pena de vulneração da igualdade e, por conseguinte, da dignidade daqueles menos aquinhoados. Resta, então, averiguar quais dos possíveis critérios de diferenciação são compatíveis com a dignidade como valor comunitário, tanto em sua vertente inerente quanto na social.

Uma primeira possibilidade seria uma justiça distributiva fundada unicamente nas necessidades de cada pessoa, baseada, segundo Perelman, numa noção de caridade que “tenta, sobretudo, diminuir os sofrimentos que resultam da impossibilidade em que ele [ser humano] se encontra de fazer suas necessidades essenciais”.<sup>399</sup>

Tal critério atende, por certo, a defendida vinculação entre o conteúdo essencial dos direitos prestacionais e um conjunto de condições materiais que lhe permitam o efetivo exercício da dignidade, consubstanciadas no conceito de “mínimo para existência”.<sup>400</sup> Todavia, quando se toma em consideração as necessidades que superem aquelas diretamente relacionadas às necessidades básicas de sobrevivência física, ou “mínimo vital”, surge a dificuldade de definição de quais as necessidades que justificam uma distribuição desigual, haja vista a também mencionada variabilidade da noção de “mínimo para existência” em face de fatores econômicos e dos valores comunitários presentes na sociedade em que a pessoa está inserida.

No contexto de escassez inerente à atividade prestacional, resta impossível adotar-se como critério substancial de justiça distributiva equitativa as necessidades de cada um, pois mesmo as condições materiais básicas não são, infelizmente, passíveis de garantia absoluta em face dos limites impostos pela realidade financeira e material do Estado. Além disso, ainda que se tivesse, em tese, uma situação de plena abundância, um princípio alocativo baseado nas necessidades individuais não seria necessariamente desejável ou justo, pois poderia implicar tratamentos desiguais baseados em necessidades fúteis<sup>401</sup>, ofensivas ou contrárias à

---

<sup>398</sup> Nessa orientação, Rawls afirma que a justiça como equidade tem objetivo que “não é nem metafísico nem epistemológico, mas prático (..) é um acordo político informado e totalmente voluntário entre cidadãos que são considerados como pessoas livres e iguais..”. RAWLS, John. **Justiça e democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 210.

<sup>399</sup> PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**, p. 10.

<sup>400</sup> Cf. Título V, Cap. II, 2.

<sup>401</sup> Em exemplo hiperbólico, mas bem representativo do argumento, vale destacar Hervé Moulin: “A história do Pequeno Tim, deficiente físico e pobre, mas profundamente feliz é um bom exemplo. A Tim será negado uma parcela maior de recursos em face de sua natureza boa, de sua habilidade de gerar muito

noção original de reserva do possível como algo que o indivíduo pode exigir da coletividade à luz da proporcionalidade.<sup>402</sup>

### 3.2 Igualdade de oportunidades

Uma noção de igualdade distributiva mais próxima do conceito de dignidade da pessoa humana é aquela que se baseia na igualdade de oportunidades voltada a eliminar o que Gerald A. Cohen denomina “desvantagem involuntária”, decorrente de circunstâncias ou condições pessoais não causadas por escolhas atribuíveis ao sujeito ou por causas sob seu controle.<sup>403</sup> Assim, a igualdade seria atingida quando cada pessoa tivesse a mesma oportunidade social para ocupar espaços e se desenvolver, independentemente de sua classe econômica ou social ou ainda de atributos pessoais desvantajosos.

No âmbito do livre mercado, essa igualdade de oportunidades seria teoricamente garantida a partir da possibilidade de todos competirem livremente por aquilo que desejam para fins de satisfação de seus interesses, sem restrições prévias por força de classe social, raça, sexo ou condição econômica. Todavia, a igualdade de oportunidades, nesses termos, seria meramente formal, uma vez que, por força dessas mesmas condicionantes fáticas, evidentemente nem todos concorreriam em igualdade de condições. Assim, a competição estaria aberta a todos “da mesma forma que as portas do Hotel Ritz”<sup>404</sup>, e a demonstração de igual respeito ocorreria “ao se deixar as coisas ocorrerem naturalmente”, sem qualquer “redistribuição das recompensas do mercado” àqueles menos afortunados, a quem caberia apenas “suportar por si mesmos” tais desvantagens.<sup>405</sup>

---

bem-estar a partir de uma parcela objetivamente pobre de atributos pessoais. O blasé John, do outro lado, é um garoto rico e mimado com talentos naturais que ele não gosta de usar e gostos caros; ele fica profundamente deprimido se ele não pode beber champanhe. Considerando que sua depressão é real, John merece dinheiro extra para comprar um suprimento adequado de Dom Perignon?” MOULIN, Hervé J. **Fair division and collective welfare**, p. 5.

<sup>402</sup> Cf. Título V, Cap. II, 2. Para maiores considerações sobre a inadequação da necessidade como critério igualitário de justiça distributiva, cf. DWORKIN, Ronald. **Sovereign virtue**, p.11-64.

<sup>403</sup> COHEN, Gerald A. On the currency of egalitarian justice. **Ethics**. Vol. 99, n. 4, jul/1989, p. 916. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2381239>.

<sup>404</sup> Tal analogia, feita pelo juiz irlandês James Matthews no período vitoriano, foi formulada em relação ao acesso a justiça, que, embora teoricamente acessível a todos, estava de fato aberta, tal qual o hotel de luxo, apenas para aqueles que tinham recursos financeiros, vestimentas adequadas e educação refinada, sem o que “não havia entrada rápida, nenhum prazer em lá estar e um baixo prospecto de uma nova visita”. HAYES, Maurice. Access to Justice. **Studies: an Irish quarterly review**. Vol. 99, n. 393, abr-jun/2010, p. 29. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/25746092>

<sup>405</sup> DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**, p. 363.

Diante disso, a igualdade formal de oportunidades, identificada com a doutrina liberal do *laissez-faire*, não serve como critério de justiça distributiva, justamente por permitir que a alocação de recursos seja diretamente influenciada pelas mesmas condições alheias às escolhas individuais que visava a coibir.<sup>406</sup>

Para remediar tal injustiça, faz-se necessário ir além da igualdade de oportunidades meramente formal, buscando medidas de correção de desvantagens econômicas e sociais que garantam, nas palavras de Rawls, um “princípio da igualdade eqüitativa de oportunidades”.<sup>407</sup> A busca de uma igualdade real de oportunidades faz com que desigualdades derivadas de fatores inatos e mesmo de pura sorte devam ser compensados por meio de uma atividade (re) distributiva, a fim de prevenir o que Dworkin denomina “o mal último de uma distribuição de recursos genuinamente desigual”, que é o fato das pessoas serem “excluídas das oportunidades que outros têm de fazer algo de valioso com a suas vidas”.<sup>408</sup>

A igualdade de oportunidades, compreendida nesses termos, tem por mérito tomar em consideração o conceito material de igualdade. Por essa razão, sua consecução depende também que se considere uma igual capacidade das pessoas de obterem e manterem aquilo que desejam para suas vidas, de modo que se resguarde a sua dignidade em sentido amplo. Como bem destaca Amartya Sen, o bem-estar de uma pessoa pode ser observado a partir de diferentes “funcionamentos” (*functionings*) que determinam sua própria existência como pessoa, que vão desde coisas elementares como “estar bem alimentado e em boa saúde” até elementos mais complexos como “estar feliz, ter auto-respeito, tomar parte na vida da comunidade, entre outros.”<sup>409</sup> Há de se ter ainda uma capacidade de funcionar, que

---

<sup>406</sup> No contexto de críticas a uma sistema libertário, Rawls anota que “intuitivamente, a injustiça mais evidente do sistema de liberdade natural é permitir que as parcelas distributivas recebam uma influência indevida desses fatores tão arbitrários de um ponto de vista moral”. RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**, p. 87. Em sentido contrário, Milton e Rose Friedman admitem as vantagens decorrentes daqueles que nascem em famílias ricas em face daqueles de famílias menos privilegiadas, mas rejeitam qualquer ação no sentido de remediar tais diferenças. Considerando que “a vida não é justa”, defendem que devemos aprender a conviver com essas vantagens e mesmo aproveitá-las, citando como exemplo o prazer de assistir uma luta de Muhammad Ali, cujo talento natural para lutar e o salário que recebe por luta podem ser tidos como injustos. FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Free to choose**. New York: Houghton Mifflin Harcourt, 1980, p. 136–137.

<sup>407</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**, p. 79.

<sup>408</sup> DWORKIN, Ronald. **Sovereign virtue**, p. 41. .

<sup>409</sup> SEN, Amartya. **Inequality reexamined**, p. 39 . Hausman e McPherson especificam o conceito de funcionamento nos seguintes termos: “os funcionamentos de uma pessoa são aquelas coisas que a pessoa faz e experimenta. Andar, tocar piano, ser bem alimentado, amar os amigos, entender chinês, e apreciar o cubismo são todos funcionamentos.” HAUSMAN, Daniel M.; McPHERSON, Michael S. **Economic analysis, moral philosophy and public policy**, p. 119 .

“representa as várias combinações de funcionamentos (estados e afazeres) que a pessoa pode atingir”.<sup>410</sup>

Com base nisso, pode-se estabelecer que a dignidade da pessoa humana somente é atingida por meio da garantia de que todas as pessoas tenham oportunidades materialmente iguais de realizar seu projetos de vida, para o que é indispensável uma atividade (re)distributiva que assegure a capacidade de exercício dessas oportunidades mediante a equalização de fatores moralmente arbitrários.

A igualdade material de oportunidades, pois, depende de que sejam removidos os obstáculos para a realização pessoal por meio de prestação de serviços de educação gratuita e de qualidade, de programas de saúde pública, atendimento hospitalar e saneamento básico, treinamento profissionalizante, moradia, etc., os quais permitem que os natural ou economicamente menos aquinhoados tenham a real capacidade de funcionar na sociedade e atingir seus objetivos de vida.

Nota-se que, para a realização dessa tarefa de equalização, é indispensável a atuação do Estado, atuação essa que se traduz notadamente no campo prestacional.<sup>411</sup> A igualdade de oportunidades vincula-se, assim, “com uma política de ‘justiça social’ e com a concretização das imposições constitucionais tendentes à efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais” e a noção de dignidade que a acompanha serve como “princípio jurídico-constitucional impositivo de compensação de desigualdade de oportunidades e como

---

<sup>410</sup> SEN, Amartya. **Inequality reexamined**, p. 40 .

<sup>411</sup> Mas não somente nesse campo, haja vista, por exemplo, as políticas de ação afirmativa voltadas à garantia de oportunidades iguais para pessoas integrantes de minorias sociais ou raciais. Embora fuja do objeto deste estudo, vale transcrever a lição de Joaquim Barbosa sobre o tema: “Atualmente as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. Diferentemente das políticas governamentais antidiscriminatórias, baseadas em leis de conteúdo meramente proibitivo, que se singularizam por oferecerem às respectivas vítimas tão somente instrumentos jurídicos de caráter reparatório e de intervenção *ex post facto*, as ações afirmativas têm natureza multifacetária. Visam a evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas – isto é, formalmente, por meio de normas de aplicação geral ou específica, ou através de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo. Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidos por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido - o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito.” GOMES, Joaquim Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. In SANTOS, Renato; LOBATO, Fátima (orgs.). **Ações afirmativas e políticas públicas contra as desigualdades raciais**. Rio de Janeiro: DP & A, 2003, p. 27.



princípio sancionador da violação da igualdade por comportamentos omissivos (inconstitucionalidade por omissão)”.<sup>412</sup>

Por isso mesmo, a igualdade material de oportunidades é o conceito usualmente utilizado para se tratar da igualdade no âmbito constitucional. Canotilho, por exemplo, estabelece que “o princípio da igualdade sob o ponto de vista jurídico-constitucional, assume relevo enquanto princípio de igualdade de oportunidades” e identifica tal conceito com a “própria idéia de igual dignidade social (e de igual dignidade da pessoa humana)”.<sup>413</sup>

### 3.3 Metas de igualdade distributiva

A devida compreensão da relação entre dignidade social e igualdade não se esgota no debate acerca do critério a ser aplicado na atividade prestacional do Estado para fins de equalização. É preciso também quais os objetivos que tal equalização deve buscar de modo a concretizar o princípio da dignidade humana em sua concepção ampla.

Uma possibilidade seria a meta de igualdade de resultados (igualdade *ex post*), por meio da qual o Estado restaria impelido a estabelecer ações prestacionais distributivas que, na medida do possível, trouxessem “todos os cidadãos para quem faltam habilidades para o mesmo nível econômico daqueles com mais habilidades”<sup>414</sup>. Assim sendo, todas as pessoas, a despeito de seus atributos pessoais e escolhas de vida, colheriam idênticos frutos na vida comunitária.

Esse propósito pode parecer, em princípio, o mais adequado à consideração de cada pessoa como ser dotado de igual dignidade, dignidade essa que impeliria a comunidade a fazer tudo o possível para amparar aqueles que não atingiram determinados padrões sociais e econômicos estabelecidos como desejáveis. Com a eliminação de desigualdades, todos teriam as mesmas de condições e atingiriam ao mesmo tempo a linha de chegada da “corrida da vida”. A prévia defesa do critério de igualdade material de oportunidades já indica, porém, a rejeição de uma igualdade *ex post*. De toda forma, vale observar mais de perto as razões para tal rejeição de uma equiparação de resultados.

A inerente multiplicidade de condições e características de cada pessoa, ao mesmo tempo em que justifica diferenças na distribuição de bens e serviços para fins de equiparação,

---

<sup>412</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, p. 431.

<sup>413</sup> Ibidem, p. 430.

<sup>414</sup> DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**, p. 358

também marca a necessidade de estabelecer quais dessas condições e características justificam essa diferenciação igualitária. Conforme exposto anteriormente, a adoção de uma política de igualdade material de oportunidades aponta no sentido de que se deve ter em conta especialmente as desigualdades decorrentes de fatores involuntários de desvantagem, sobre os quais a pessoa não deu causa.

A igualdade material de oportunidades como preceito de justiça distributiva pressupõe, portanto, uma atividade estatal de equalização que permita ao sujeito uma real capacidade de funcionar como pessoa na comunidade em que está inserido, preservando, todavia, duas noções essenciais para a preservação da dignidade humana: a preservação do mérito e do talento individual e a responsabilidade do sujeito sobre a condução de sua vida.

Quanto ao mérito e talento, observa-se serem justificáveis diferenças sociais que advenham de uma maior habilidade, capacidade de trabalho ou talento ou de cada um, que, como parte inerente de sua personalidade, não devem ser ignorados e muito menos forçosamente suprimidos ou reprimidos.<sup>415</sup>

É verdade que certos méritos podem ser considerados como fatores involuntários de vantagem, pois decorrem de atributos naturais como força física, beleza, talento ou inteligência, por exemplo. Por isso, anota John Rawls que a igualdade de oportunidades, “mesmo que funcione perfeitamente eliminando a influência de contingências sociais, (...) ainda permite que a distribuição de renda e riqueza seja influenciada pela distribuição natural de habilidades e talentos”.<sup>416</sup> Nesses termos, a consideração do mérito poderia implicar que a atividade distributiva fosse baseada em critérios tão aleatórios e arbitrários quanto os elementos desvantajosos de raça, sexo ou origem, e igualmente prejudicial às considerações de justiça.

Tal problema, porém, é solucionado pelo próprio Rawls ao estabelecer o que denomina “princípio da diferença”, por meio do qual as desigualdades decorrentes do mérito seriam possíveis, desde que contribuam para promover, da melhor maneira possível, o bem-estar dos menos afortunados da comunidade. O princípio da diferença não determina a supressão dos méritos pessoais, mas impõe a compreensão que as recompensas por tais méritos não devem ser usufruídas pelo indivíduo somente, mas também devem ter reflexos na comunidade em que ele vive. Sobre o tema, vale transcrever as palavras de Rawls:

---

<sup>415</sup> Sobre o tema, cf. SANDEL, Michael. An egalitarian nightmare. In: **Justice**, cap. 6.

<sup>416</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**, p. 78-79.

O princípio da diferença representa, com efeito, um consenso em se considerar, em certos aspectos, a distribuição de talentos naturais como um bem comum, e em partilhar os maiores benefícios sociais e econômicos possibilitados pela complementaridade dessa distribuição. Os que foram favorecidos pela natureza, sejam eles quem forem, podem beneficiar-se de sua boa sorte apenas em termos que melhorem a situação dos menos felizes. Os naturalmente favorecidos não se devem beneficiar simplesmente porque são mais bem-dotados, mas apenas para cobrir os custos de treinamento e educação e para usar os seus dotes de maneiras que ajudem também os menos favorecidos.<sup>417</sup>

Ora, a capacidade de alguns gerarem grandes fortunas muitas vezes desafia a falta de inicial de oportunidades ou de educação formal, decorrendo de um talento natural para os negócios ou de uma habilidade inata em algo valorizado pelo mercado. Nesse contexto, a promoção da igualdade não deve servir para assegurar que o comerciante mais talentoso tenha os mesmos ganhos de outro menos aquinhoado, ou que Neymar ou Cristiano Ronaldo recebam o mesmo salário de um jogador de futebol mediano. Todavia, essa mesma igualdade legítima, por exemplo, sistemas de tributação progressiva de renda, em que os mais ricos findem por arcar com os recursos necessários para custear serviços públicos de educação, saúde e assistência social aos mais pobres, dentro do prisma democrático e comunitário de equiparação material de oportunidades.<sup>418</sup>

O outro fator essencial à dignidade humana que é ignorado quando da defesa uma igualdade *ex post* é a necessária atribuição de responsabilidade pessoal pela condução de sua vida. Ainda segundo a analogia da “corrida da vida”, percebe-se que uma igualdade *ex post* acabaria por levar a uma situação equivalente à conhecida história contida no clássico infantil Alice no País das Maravilhas: o pássaro Dodô organiza uma “corrida de comitê”, em os participantes são todos colocados em lugares diferentes, ao longo do caminho, começam a correr quando lhes apetece, correm do jeito que sabem e abandonam a corrida quando bem querem. Depois de um tempo qualquer, o pássaro Dodô anuncia o fim da corrida, declarando que “todo mundo ganhou, e todos devem ganhar prêmios”.<sup>419</sup>

---

<sup>417</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**, p. 108.

<sup>418</sup> No campo da economia, o “princípio de Pigou-Dalton”- tido como essencial na medição e análise do problema da desigualdade – estabelece que a transferência dos mais ricos para os mais pobres é fator que sempre contribui para a redução de desigualdade. Sobre o tema, que foge do campo da discussão ora travada, cf. ADLER, Matthew D. **The Pigou-Dalton principle and the structure of distributive justice**. maio/2013. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2263536>

<sup>419</sup> CARROL, Lewis. **Aventuras de Alice no país das maravilhas**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 35-36.

Tal exemplo denota claramente o problema maior de uma meta de igualdade de resultados: a total desconsideração da responsabilidade que as pessoas devem ter sobre suas próprias condutas de vida, para fins de obterem os resultados que almejam.

É interessante perceber que os elementos de talento e mérito não garantem, por si sós, uma diferença de resultados individuais, caso o indivíduo simplesmente escolha não aproveitar seus talentos ou realize escolhas que, mesmo que por má sorte<sup>420</sup>, findem por não ensejar a demonstração de seus méritos. Um jogador de futebol, por mais talento que tenha, nunca desenvolverá todo seu potencial se preferir as festas aos treinamentos. Por mais habilidosos que sejam, um profissional não auferirá o salário que lhe seria possível se simplesmente escolher realizar um trabalho menos exigente ou simplesmente não trabalhar, nem o investidor ganhará o mesmo lucro se preferir não se expor a riscos e fazer aplicações mais conservadoras que outros.

Em exemplos como esses, adverte Dworkin, “o princípio de que as pessoas devem ser tratadas como iguais não oferece nenhuma boa razão para a redistribuição (...); pelo contrário, oferece uma boa razão contra ela”.<sup>421</sup> Isso porque uma diferenciação de resultados decorrente das diferentes ambições ou decisões dos envolvidos é plenamente justificada à luz da necessidade de preservar a responsabilidade pessoal, o que, por sua vez, é indispensável à preservação do aspecto de autonomia inerente ao conceito de pessoa humana.

Ante a tais razões, uma igualdade distributiva alinhada com a dignidade da pessoa humana deve ter como objetivo compensações de desvantagens *ex ante*, de modo a permitir que as pessoas estejam equiparadas no momento inicial em que as oportunidades são apresentadas e as escolhas são realizadas.

Voltando novamente à imagem da “corrida da vida”, tem-se que Estado, na qualidade de organizador, deve zelar para que todos os corredores estejam devidamente equipados e igualmente postados na linha de partida. Deve prover ainda a estrutura necessária para que a corrida transcorra em segurança, estabelecer previamente suas regras, horário de início e trajeto, bem como fornecer atendimento de saúde àqueles, por algum infortúnio, que dele necessitem. Ao mesmo tempo, não cabe ao Estado determinar que os corredores com mais força muscular ou fôlego sejam obrigados a correr carregando pesos nas pernas ou a parar de tempos em tempos para aguardar os corredores que eventualmente se

---

<sup>420</sup> Sobre a influência da sorte nas escolhas e sua relação com a responsabilidade pessoal, cf. DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**, p. 358-360.

<sup>421</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**, p. 307.

machuquem no trajeto ou que simplesmente sejam mais lentos. Não pode ainda garantir vantagens àqueles que deliberadamente deixaram de treinar para a corrida, ou preferiram ir a um concerto ou tomar vinho na noite anterior em vez de descansar para a prova.

A igualdade não impõe que todos atravessem a linha de chegada ao mesmo tempo, razão pela qual não cabe ao Estado impor obstáculos aos melhores corredores, mas sim incentivar e premiar o esforço, mérito, competência e responsabilidade daqueles que chegam à frente. Nesses termos de igualdade *ex ante*, todos os corredores terão as mesmas oportunidades materiais de vitória e os vencedores merecem os seus prêmios, desde que se “reconheça de pronto que os prêmios pela vitória não pertencem somente a eles, mas devem ser compartilhados com aqueles que não têm dons semelhantes”<sup>422</sup> à luz do referido princípio da diferença.

---

<sup>422</sup> SANDEL, Michael J. **Justice**, cap. 6 .

### III DIGNIDADE SOCIAL E LIBERDADE

Da relação entre dignidade social e igualdade extrai-se que a dignidade humana não é afetada por resultados finais desiguais entre as pessoas, desde que esses resultados derivem do respeito e reconhecimento das escolhas autônomas entre as diversas opções e possibilidades de vida, realizadas por pessoas com iguais oportunidades materiais de desenvolvimento.<sup>423</sup>

A igual dignidade entre as pessoas impõe, portanto, o respeito à liberdade de cada um tomar as decisões sobre seu destino. A desigualdade extrema, por sua vez, afeta a própria capacidade da pessoa de fazer escolhas, pois aquele que tem fome não tem verdadeira opção de não aceitar um trabalho, por piores que sejam o salário ofertado ou as condições de sua realização. Em uma sociedade profundamente desigual, as pessoas não são verdadeiramente livres para optar e buscar seus valores e propósitos. Imprescindível, portanto, aprofundar a investigação específica da relação entre dignidade social e a liberdade.

Embora não se pretenda aqui uma ampla discussão sobre o vastíssimo tema da liberdade, um conceito abstrato e instrumental de liberdade pode ser obtido a partir da relação entre três fatores: agente, obstáculos e objetivos. A liberdade se dá quanto alguém é isento de obstáculos ou custos que o previna ou desencoraje de fazer ou de se tornar algo.<sup>424</sup> A liberdade, do ponto de vista jurídico, indica então a existência de alternativas de conduta individual isentas de obstáculos impostos por terceiros ou pelo Estado.<sup>425</sup>

Entretanto, a liberdade jurídica pode não corresponder à liberdade fática, a qual depende de condições concretas para que a pessoa efetivamente possa realizar as condutas por ela desejada e juridicamente lícitas. Uma liberdade jurídica de locomoção, por exemplo, não se converte em liberdade fática se não houver meios de transporte ou rodovias que liguem um ponto a outro ou mesmo se não houver segurança pública que garanta a integridade pessoal no deslocamento. Da mesma maneira, alguém pode ser juridicamente livre para comprar alimentos, mas não ter recursos suficientes para efetivar essa compra.

A liberdade presente na noção de dignidade inerente reflete-se, originalmente, na prerrogativa liberal clássica de criação de um espaço de escolha individual livre de ingerências externas, por meio do qual a liberdade é percebida como inexistência de obstáculos para que

---

<sup>423</sup> DWORKIN, Ronald. **Sovereign virtue**, p. 65-119.

<sup>424</sup> HAUSMAN, Daniel M.; McPHERSON, Michael S. **Economic analysis, moral philosophy and public policy**, p. 160.

<sup>425</sup> ALEXY, Robert. **A theory of constitutional rights**, p. 139.

o sujeito busque suas próprias metas e objetivos de vida<sup>426</sup>. Trata-se do que Isaiah Berlin, no clássico ensaio “Two Concepts of Liberty”, denomina “liberdade negativa” a fim de fixar a idéia de liberdade como negação de barreiras ou interferências à conduta individual ou “liberdade contra” (*freedom from*) algo.<sup>427</sup>

É dessa percepção negativa de liberdade que a própria noção original de direitos fundamentais como direitos de defesa é derivada. O status negativo na relação entre o particular e o Estado<sup>428</sup>, no âmbito dos direitos fundamentais, é traduzido exatamente como isenção de intervenções estatais inconstitucionais<sup>429</sup>. Nesse passo, considera-se o status negativo como status jurídico material, concretizável e determinado, voltado para a preservação de uma zona de discricionariedade individual para a tomada de decisões sem o risco de manipulação ou dominação do Estado<sup>430</sup>, garantida por direitos fundamentais constitucionalmente previstos<sup>431</sup>.

Apesar de sua importância, a noção de liberdade negativa e os direitos de defesa não são suficientes para a defesa e promoção do conceito de liberdade compatível com a dignidade da pessoa humana, pois não levam em considerações barreiras outras que não jurídicas às condutas individuais de satisfação de interesses.

Na esteira dos ensinamentos de Dworkin, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana parte do pressuposto de que se reconheça ao indivíduo “seus interesses críticos genuínos”<sup>432</sup>, identificando o que denomina a chamada “voz ativa” da dignidade, pela qual os

---

<sup>426</sup> Tal noção é correspondente ao conceito de liberdade pessoal de Hegel, cf. Título I, Cap. I, 2.2

<sup>427</sup> Segundo Berlin, a liberdade no senso negativo é voltada a responder a pergunta: “qual é a área na qual o sujeito – uma pessoa ou grupo de pessoas – é ou deveria ser deixado para fazer ou ser o que ele é capaz de fazer ou ser, sem interferências de outras pessoas?”. BERLIN, Isaiah. Two concepts of liberty. In: BERLIN, Isaiah. Liberty: Incorporating “Four essays on liberty”. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 169 .

<sup>428</sup> Cf. Título II, Cap. I, 1.

<sup>429</sup> SARLET, Ingo W., **A eficácia dos direitos fundamentais.**, p. 184 Como bem observa H. Rupp, “nada impede que se entenda o status de liberdade específico dos direitos fundamentais como liberdade individual contra coação anticonstitucional”. RUPP, H. H. *apud* ALEXY, Robert, **A theory of constitutional rights.**, p. 174 .

<sup>430</sup> COOTER, Robert D. **The strategic Constitution**, p. 375.

<sup>431</sup> HESSE, Konrad *apud* ALEXY, Robert, **A theory of constitutional rights.**, loc.cit. Convém ressaltar a defesa do aspecto formal da teoria do status, feita por Alexy, para quem a consideração da posição real do indivíduo não seria o objeto da teoria do status, que seria voltada justamente para a estrutura formal da posição jurídica total do cidadão. Para ele, a inteligência de estruturas complexas já justificaria a teoria dos status sob o ponto de vista formal, independentemente de qualquer utilidade prática. Haveria, no entanto, uma utilidade prática dessa teoria, que seria demonstrada pela superação de obscuridades e contradições resultantes de uma teoria que se orientasse totalmente pelo conteúdo e descuidasse do aspecto formal.

<sup>432</sup> Dworkin define interesses críticos como as atitudes realizadas pelo indivíduo sob o juízo de que elas enobrecem sua vida e a tornam melhor (praticar boas ações, cuidar de sua família, etc.) Tais interesses são definidos com base na sua diferenciação dos denominados “interesses experienciais”, que seriam atitudes

indivíduos devem zelar pela própria dignidade e evitar que suas condutas resultem no comprometimento do valor inerente do ser humano, inclusive de seu próprio.<sup>433</sup> Trata-se, pois, de pressuposto de auto-respeito, refletido em uma atitude que os indivíduos devem ter em relação a suas próprias vidas, reconhecendo a importância de viver bem.<sup>434</sup>

A realização do ser humano como pessoa pressupõe autonomia para “formar-se a si mesmo, desenvolvendo potencialidades que traz consigo”, dentro de um contexto positivamente valorado de personalidade “que lhe é proposta por natureza como um fito condutor a realizar.”<sup>435</sup> A dimensão de liberdade da dignidade inerente da pessoa humana implica, assim, o “reconhecimento da pessoa como sujeito capaz de produzir o sentido de sua própria dignidade, o que remete para as idéias-chave da auto-determinação, do livre desenvolvimento da personalidade, da livre eleição e adoção de planos e formas de vida.”<sup>436</sup>

Para que essa finalidade seja alcançada, não basta a ausência de obstáculos jurídicos para que uma determinada pessoa possa tomar decisões sobre matérias que digam respeito a sua vida; fazem-se indispensáveis também ações prestacionais, notadamente estatais, que tomem a autonomia sob sua acepção fundamental de capacidade real de ser autônomo.<sup>437</sup> Há de se considerar então uma vertente positiva da liberdade, que suplanta uma mera oportunidade formal de liberdade para se identificar com a real capacidade da pessoa de tomar controle de sua própria vida e realizar seus desígnios dentro do âmbito da comunidade.

Isso se dá pela consideração da liberdade sob o prisma da dignidade social, da qual decorre tanto a imposição de limites à liberdade individual - a fim de proteger a igual liberdade de terceiros e uma conjuntura de liberdade comunitária - quanto à realização de

---

que o indivíduo toma porque lhe dá prazer imediato (tomar um bom vinho, assistir a uma partida de futebol, etc.). DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e outras liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 283-284/308. Não se vislumbra nessa diferenciação, todavia, identificação dos interesses experienciais com meras frivolidades ou dos interesses críticos com uma vida reflexiva ou mesmo um juízo de valor acerca de tais interesses. Dworkin resume-se a frisar a indispensabilidade do um reconhecimento dos interesses críticos como pressuposto da dignidade da pessoa humana.

<sup>433</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**, p. 310.

<sup>434</sup> Idem. **Justice for hedgehogs**, p. 205.

<sup>435</sup> ASCENSÃO, José Oliveira. A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos. **Revista da Ordem dos Advogados**. Ano 68. Jan-2008, Lisboa, p. 97-124.

<sup>436</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 58. No mesmo sentido, cf. ENDERS, Christoph. The Right to have rights: The concept of human dignity in German Basic Law. **Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do Direito**. n. 2. UNISINOS, jan/jun 2010, p. 4

<sup>437</sup> RAZ, Joseph. **The morality of freedom**. Oxford: Oxford University Press, 1986, p. 204-205 apud HAUSMAN, Daniel M.; McPHERSON, Michael S. **Economic analysis, moral philosophy and public policy**, p. 162.



atividades prestacionais propriamente ditas, a fim de garantir meios materiais de efetivo exercício de autonomia de vida.

## 1 A LIBERDADE COMO ELEMENTO DA DIGNIDADE SOCIAL

O debate acerca da conexão entre liberdade e dignidade é, em regra, associado à tradição liberal clássica que vê o Estado como inimigo e opressor da liberdade. Nesses termos, a dignidade da pessoa humana sob o viés de liberdade seria protegida somente a partir da mínima interferência estatal na vida do indivíduo. Os direitos fundamentais seriam instrumentos de defesa para a garantia dessa liberdade em face do Estado (*Freiheit vom Staat*), servindo para a preservação de um espaço de vida (*Lebensraum*) de exercício pleno de autonomia individual.<sup>438</sup>

Tal noção, todavia, reflete unicamente a vertente negativa da liberdade, além de trazer em si todos os problemas inerentes ao individualismo exacerbado, a uma suposta neutralidade axiológica da sociedade e a uma igualdade meramente formal entre as pessoas, temas já discutidos ao longo deste texto. Como visto, a liberdade tem também uma vertente positiva, que requer alguma interferência ou controle a fim de assegurar uma autonomia real e que se realiza necessariamente dentro de um panorama comunitário.

A vinculação entre liberdade e comunidade remonta às idéias contratualistas de J.J. Rousseau. Segundo Rousseau, a liberdade do homem advém de sua razão, que o leva a abandonar o estado de natureza para adquirir autonomia. Essa autonomia, traduzida na auto-legislação, seria exercida no momento do pacto social, fazendo que os seres humanos abandonassem “suas paixões e desejos” como “princípios ou guias para suas ações” em prol do benefício comum ou “sentimentos cívicos”.<sup>439</sup> A liberdade, do ponto de vista moral, é adquirida na medida em que “as pessoas (...) agem com base em seus deveres políticos em vez de baseadas nos desejos que a natureza forçou sobre elas.”<sup>440</sup>

A partir de Rousseau, vê-se que a liberdade positiva tem nítida dimensão relacional e comunitária, vinculando-se, por isso, à dignidade social da pessoa humana. A autonomia não pode ser exercida de fato sem a consideração e respeito pela igual autonomia do outro e pelos valores comunitários que se busca fomentar. Logo, “a liberdade pessoal não pode ser

---

<sup>438</sup> Cf. Título III, Cap. II, 1.

<sup>439</sup> SIMPSON, Matthew. **Rousseau's theory of freedom**. London: Continuum, 2006, p. 95/116.

<sup>440</sup> Ibidem, p. 96-97.

dissociada da função da capacidade e do equilíbrio do conjunto” para privilegiar o indivíduo em detrimento da comunidade.<sup>441</sup>

É interessante anotar, nesse ponto, a crítica contundente de Isaiah Berlin à visão de liberdade positiva. Segundo Berlin, a liberdade positiva acabaria por identificar liberdade com autonomia, e autonomia com a sujeição a um interesse comum que é independente e, por vez, contrário aos interesses individuais. A noção de sujeito (*self*) seria algo diverso do indivíduo, sendo representado por um conjunto, como “uma tribo, uma raça, uma igreja, um Estado, a grande sociedade dos vivos e dos mortos e dos que ainda não nasceram”.<sup>442</sup>

Os interesses individuais, por sua vez, deixariam de ser aquilo que empiricamente deseja o indivíduo para ser aquilo que o indivíduo deveria desejar em face dos interesses do todo. Isso, segundo Berlin, poderia justificar, em nome da liberdade, “a ignorância dos reais desejos dos homens ou sociedades” bem como condutas como “tiranizar, oprimir, torturar” indivíduos em favor desse interesse comum ou de um sujeito idealizado, condutas essas típicas de regimes totalitários.<sup>443</sup>

Essas objeções, porém, já foram previamente refutadas ao longo desta obra, ao se afirmar que a adoção de uma perspectiva social da dignidade não implica o abandono da importância de seu aspecto inerente e da valorização de cada pessoa como detentora de um valor próprio<sup>444</sup>. De tal conclusão decorrem, por exemplo, a rejeição de uma visão utilitarista de justiça distributiva como maximização do bem-estar geral<sup>445</sup> e a defesa da presunção *prima facie* de subjetivação de direitos fundamentais.<sup>446</sup>

Da mesma forma, consignou-se que os valores comunitários que regem a liberdade positiva não podem ser aqueles impostos por aqueles que comandam o Estado, mas sim aqueles obtidos a partir da participação democrática das pessoas que o integram. No ambiente do Estado Constitucional Democrático de Direito, a liberdade individual é compreendida a partir da consideração da pessoa individual e sua inserção no âmbito de uma comunidade democrática. À vista disso, a liberdade sob o foco da dignidade social realiza-se a partir da participação e contribuição do indivíduo para o estabelecimento das normas que regulam essa comunidade, bem como na sua contribuição para os propósitos dessa mesma

---

<sup>441</sup> BVerfGE 33, 303 (335). SCHWAB, Jürgen. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**, p. 656 e ss

<sup>442</sup> BERLIN, Isaiah. Two concepts of liberty, p. 179.

<sup>443</sup> Ibidem, p. 180/205.

<sup>444</sup> Cf. Título VI, Cap. I, 3.

<sup>445</sup> Cf. Título V, Cap. I, 2, 2.1.

<sup>446</sup> Cf. Título II, Cap. IV.

comunidade, baseados em cultura, valores e decisões compartilhadas, os quais se deseja preservar e promover por meio do ordenamento jurídico.

Vale lembrar que a liberdade como noção de justiça estabelece que ela seja exercida em consideração às necessidades comunitárias, pois, segundo Aristóteles, é “justo (*dikaion*) aquilo que produz e conserva a vida boa (*eudaimonia*) (...) para a comunidade política.”<sup>447</sup> Tomás de Aquino caminha no sentido aristotélico, mas faz importante distinção entre a justiça que ordena o homem em relação a outro “considerado individualmente” e “a outro em comum, isto é, na medida em que aquele que serve a uma comunidade serve a todos os homens que nela estão contidos.”<sup>448</sup> Nota-se, assim, que a comunidade não é tida como um ser autônomo ou superior ao indivíduo, e o bem comum não é tido como o bem “do todo”, mas sim o bem “de todos” que vivem na sociedade.<sup>449</sup>

Partindo-se dessas premissas, a liberdade considerada à luz da dignidade social não reflete o abandono de sua noção negativa de proteção da pessoa individualmente considerada, nem permite uma interpretação de sua vertente positiva que justifique uma concepção de comunidade como algo etéreo e dissociado da pessoa que a compõe, algo que, de fato, daria margem ao esvaziamento da dignidade humana e dos direitos fundamentais pela imposição de concepções autoritárias ou utilitaristas de bem comum.

Evita-se, dessa forma, a noção estritamente individualista de liberdade e a identificação de autonomia como auto-suficiência do indivíduo isolado da sociedade; ao mesmo tempo, rejeita-se a sujeição da liberdade à prévia abdicação de interesses e propósitos em prol de uma idéia de bem comum imposta autoritariamente por terceiros.

A liberdade social é, portanto, a liberdade exercida para além do indivíduo, sendo associada a valores e objetivos comunitários próprios de uma vida partilhada de uma sociedade coesa e democrática. Não ignora, porém, a pessoa individualmente considerada que está inserida nessa sociedade, haja vista que a autonomia individual somente pode ser exercida verdadeiramente dentro de um ambiente social regido por normas que consagrem

---

<sup>447</sup> ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. v. 1, 1129b.

<sup>448</sup> AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. V. II. São Paulo: Loyola, 2001, q. 58, art.5.

<sup>449</sup> Essa idéia baseia-se na já alentada e conhecida percepção de socialidade inerente do ser humano, pela qual “as necessidades e interesses do indivíduo existem na sociedade, não importando como possam ser modificados pelas exigências do bem-estar comum, eles se originam e permanecem indissolavelmente ligados ao processo social que governa a vida individual” MARCUSE, Herbert. **Razão e revolução**: Hegel e o advento da teoria social. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004, p. 187.

valores e propósitos que permitam ao sujeito desenvolver todas as suas potencialidades e escolher responsabilmente os rumos de sua vida.<sup>450</sup>

É certo, porém, que dignidade social implica a desconsideração de um conceito puro de liberdade negativa - entendida como ausência de constrangimentos e obstáculos externos aos desígnios individuais – e estabelece certa primazia do conceito positivo de liberdade. Essa primazia determina uma preocupação com o desenvolvimento e manutenção de uma real autonomia. A dignidade social requer, assim, a imposição de algumas constringências ao exercício da liberdade individual a partir de elementos valorativos externos ao sujeito<sup>451</sup>, determinados por direitos de terceiros e por propósitos comunitários.

## 2 LIBERDADE, DIGNIDADE SOCIAL E HETERONOMIA

A liberdade contida no conceito de dignidade humana liga-se tradicionalmente às idéias de autonomia e capacidade de escolha, mas uma concepção completa de dignidade no campo prestacional não se esgota nessa discussão; é preciso cogitar também o papel da dignidade como limitador de liberdade, papel esse que - por mais paradoxal que possa parecer – é voltado justamente para a superação de obstáculos para garantia dos meios necessários ao próprio exercício material dessas mesmas liberdade e autonomia por todos.<sup>452</sup>

Observou-se anteriormente<sup>453</sup> que a dignidade social tem como elemento essencial a limitação de condutas incompatíveis com a dignidade de terceiros<sup>454</sup> ou com valores comunitários ligados à dignidade humana. Essa aludida visão de dignidade social como heteronomia fixa, então, claras constringências à liberdade do indivíduo em prol de um conceito de liberdade compatível com a dignidade da pessoa humana.

Contempla-se aqui a patente relação entre a liberdade e a igualdade. Ambos os valores estão incrustados na noção de dignidade como valor comunitário e princípio de

---

<sup>450</sup> TAYLOR, Charles. Philosophy and the human sciences, p. 190-191 *apud* KYMILICKA, Will. **Contemporary political philosophy**, cap. 6. Nesse ponto, vale lembrar novamente que a dignidade da pessoa humana como valor comunitário não se aparta da noção de dignidade inerente, uma vez que a liberdade negativa pode ser justamente um dos valores consagrados pela comunidade.

<sup>451</sup> BEYLEVELD, Deryck; BROWNSWORD, Roger. **Human dignity in bioethics and biolaw**. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 65.

<sup>452</sup> Leon Cassiers lembra que a relação do sujeito com ele próprio depende largamente da relação da pessoa com os seus semelhantes, razão da importância da dimensão social da dignidade. CASSIERS, L. La dignité et l'embryon humain. **Revue trimestrielle des droits de l'homme**, v. 54, 2003, p. 407-413.

<sup>453</sup> Cf. Título I, Cap. I, 2, 2.2

<sup>454</sup> SARLET, Ingo W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, p. 124.

orientação da atividade estatal, inclusive no campo prestacional. Compõem, assim, a essência do conceito de pessoa humana, pois, “para que o homem seja pessoa, deve ser livre, quando visto em sua individualidade, e, enquanto ser social, deve estar com os demais indivíduos numa relação de igualdade”.<sup>455</sup>

A igualdade pressupõe a mesma consideração e respeito para todos os membros da comunidade, independentemente de sua condição política ou social, “de modo que, se algumas pessoas têm liberdade de decisão, qualquer que seja o efeito sobre o bem-estar geral, todas as pessoas devem ter a mesma liberdade.”<sup>456</sup>

Por isso, embora defenda que a liberdade garante às pessoas a não interferência em decisões referentes a “matérias de fundação ética”, Dworkin defende que a “independência em tais decisões” depende da não “ameaça a mesma independência de outras pessoas”, razão pela qual o Estado poderá impor limites a essa “independência fundacional” quando “necessários para proteger a vida, segurança e liberdade de outros.”<sup>457</sup> Refuta, assim, o conceito de “liberdade como licença” – similar ao conceito de liberdade negativa de ausência de obstáculos sociais e jurídicos aos interesses individuais – sob o argumento de que sua admissão implicaria “a liberdade de formar monopólios ou de apedrejar vitrines de lojas”.<sup>458</sup>

Embora não caiba no contexto a discussão acerca da existência de um “direito geral de liberdade”<sup>459</sup>, o fato é que, como bem lembra Hart, a própria idéia de direitos tem fundamento moral na preocupação com a “determinação de quando a liberdade de uma pessoa pode ser limitada pela de outra e então determinar quais ações podem ser

---

<sup>455</sup> MAGALHÃES FILHO, Glauco B. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição**, p. 143.

<sup>456</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 305.

<sup>457</sup> DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**, p. 369. Segundo o mesmo autor, “uma decisão coletiva de impor um dever de não matar e ameaçar uma sanção séria por sua violação não é em si mesma um insulto à dignidade dos sujeitos. Ao contrário, sua dignidade como cidadão igual requer que o governo o proteja dessa forma.” Idem, p. 367.

<sup>458</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 405.

<sup>459</sup> Apenas para anunciar o tema, tem-se acirrado debate sobre a questão. W.N. Hohfeld, por exemplo, estabelece a liberdade não como direito, mas sim na categoria fundamental de privilégio, por implicar a ausência de sujeição a dever de fazer de outro modo. HOHFELD, Wesley Newcomb. **Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning**, p. 42-47. No mesmo sentido, Dworkin é assertivo ao afirmar ser “absurdo supor que homens e mulheres tenham qualquer direito geral à liberdade” à luz da noção de liberdade negativa de Berlin. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p.411-413. Em sentido oposto, Robert Alexy defende a existência de um direito geral de liberdade baseado no qual se presume prima facie o direito de fazer ou não fazer o que se queira, bem como do direito de não interferência do Estado, salvo argumentos de grande força que legitimem uma restrição à liberdade. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 347 e ss. No mesmo sentido de Alexy, propugnando ser o direito geral de liberdade “premissa fundamental na solução do problema da restringibilidade dos direitos fundamentais”, cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**, p. 168 e ss.

apropriadamente ser objeto de regras legais coercitivas”.<sup>460</sup> Considerando a consabida socialidade inerente do ser humano e do Direito<sup>461</sup>, as normas jurídicas surgem justamente para estabelecer parâmetros de condutas que disciplinem conflitos entre as liberdades de sujeitos que convivem, influenciando-os a fazer ou deixar de fazer algo em prol da coesão comunitária.<sup>462</sup>

A partir disso, e tendo em vista a própria noção kantiana de autonomia<sup>463</sup>, percebe-se com ainda mais ênfase que a dignidade da pessoa humana não se liga a um indivíduo isolado e sim de sua convivência com os outros iguais em dignidade<sup>464</sup> em uma comunidade social e política<sup>465</sup>. A dignidade, a igualdade e a liberdade servem, pois, de fundamento tanto para a existência de direitos fundamentais individuais quanto à ocorrência de cláusulas limitativas a esses direitos<sup>466</sup>, que podem e devem ser sopesados com face de direitos de outras pessoas. Essa noção que os direitos fundamentais de um sujeito não podem servir para inviabilizar iguais direitos de terceiros é traduzida como “princípio da convivência das liberdades”<sup>467</sup>.

---

<sup>460</sup> HART, H.L.A. Are there any natural rights? In: WALDRON, Jeremy (ed.). **Theories of rights**. Oxford: Oxford University Press, 1984, p. 79. Nessa mesma orientação, Robert D. Cooter acaba por classificar a liberdade como uma “permissão protegida”, uma vez que aquele que possui a liberdade não é nem obrigada nem proibida de fazer algo e as outras pessoas são proibidas de interferir no exercício dessa liberdade. Diz o autor: “para ilustrar, uma pessoa que tem liberdade de expressão não é legalmente obrigada a manter silêncio ou a falar, e, se ela escolher falar, não é legalmente obrigada a dizer algo em particular. Além disso, outras pessoas são proibidas de interferir em seu discurso, por exemplo, silenciando-a com ameaças”. COOTER, Robert D., **Strategic Constitution**, p. 375.

<sup>461</sup> Como bem leciona Vicente Ráo, “encontra-se, pois, a origem do direito na própria natureza do homem, havido como ser social”. RAO, Vicente. **O Direito e a vida dos direitos**, p. 29. No mesmo sentido, cf. REALE, Miguel. **Filosofia do direito**, p. 703.

<sup>462</sup> Conforme Emilio Betti, “qualquer norma, ou complexo de normas, corresponde à necessidade de pôr termo a conflitos de interesses socialmente relevantes ou de organizar funções socialmente úteis, ou a uma e a outra necessidade ao mesmo tempo”. BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tomo I. Coimbra: Coimbra Ed., 1969, p. 368. Nesse mesmo raciocínio, cf. ROSS, Alf. **Direito e justiça**. São Paulo: Edipro 2003, p. 31 e ss.; TELLES JÚNIOR, Gofredo. **Iniciação na ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 51 e ss.;

<sup>463</sup> Cf. Título I, Cap. I, 1.2

<sup>464</sup> Nesse ponto, é interessante observar as palavras de Carmen Lúcia Rocha: “O germe de todos os direitos assenta-se, em algumas de suas manifestações, na identidade que dignifica o homem: a sua busca de mais e mais liberdade (ou de alguma quando ela lhe foi retirada em sua inteireza) vem de sempre, desde o começo da vida com o outro, quando os espaços se fizeram restringir e se soube que viver exigia conviver. A convivência exigiu o conhecimento e a prática do sentido da liberdade. A solidão não quer, não requer, não sabe, nem desconhece a liberdade. A liberdade faz-se no encontro.” ROCHA, Carmen Lúcia A. O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. **Revista do CEJ do Conselho da Justiça Federal**, vol. 1, n. 1, 1997, p. 76-91.

<sup>465</sup> RAO, Neomi. On the use and abuse of dignity in Constitutional Law, p. 152

<sup>466</sup> Sobre o tema de limites de direitos, notadamente os de natureza prestacional, cf. Título V, cap. I.

<sup>467</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**, p. 528. Note-se que a mesma denominação de “princípio de convivências de liberdades” é também utilizada pela doutrina para expressar unicamente a idéia de limitação de direitos fundamentais em face de outros direitos

A dignidade social, portanto, impõe que a liberdade e os direitos individuais sejam respeitados e gozados em seu máximo possível por todos os integrantes da comunidade<sup>468</sup>, pressupondo possibilidades heteronômicas de restrições a essas liberdades e direitos.

A esta altura, cumpre destacar que a interpretação da dignidade como heteronomia não contradiz a doutrina kantiana da autonomia inerente à dignidade da pessoa humana. Nos termos já discutidos<sup>469</sup>, a autonomia do ser humano é necessariamente guiada por imperativos categóricos que consubstanciam deveres morais independentemente da consideração de propósitos ulteriores. A liberdade pressupõe, pois, ações de boa vontade, isentas de condicionamentos externos, e pautadas pelo senso auto-determinado de dever moral.

Considerando os imperativos categóricos da “Fórmula da Lei Universal”<sup>470</sup> e da “Fórmula da Humanidade”<sup>471</sup>, tem-se que o conceito de autonomia parte da noção de liberdade individual, mas não se identifica com a ausência de obstáculos para que o indivíduo faça o que quiser. Na verdade, os imperativos categóricos impõem uma autonomia em que o elemento de liberdade nela contida é percebido como limite àquilo que se pode fazer, em face da impossibilidade de tratar o ser humano como simples meios de satisfação dos interesses individuais.

Recuperando os casos referidos de “peep-shows” ou de lançamento de anões <sup>472</sup>, pode-se afirmar que, em ambos, a proibição vai ao encontro da noção autonomia, pois a liberdade, consoante Kant, não permite que o sujeito aja em desconformidade com o imperativo categórico de considerar o ser humano, inclusive a si próprio, como fim em si mesmo, e não mero meio remunerado de entretenimento. <sup>473</sup>

Da mesma forma, a liberdade kantiana tem um componente heterônomo, pois implica um agir restrito pelas regras ditadas pelos imperativos categóricos que, apesar de auto-impostos, tem como premissa o outro. A conduta livre não é aquela que não encontra

---

fundamentais, na já referida operação de otimização própria das normas principiológicas. Nesse sentido, cf, por exemplo, MORAIS, Alexandre. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 32-33.

<sup>468</sup> Segundo Canotilho e Vital Moreira, “a dignidade da pessoa humana pressupõe (...) relações de reconhecimento intersubjetivo, pois a dignidade de cada pessoa deve ser compreendida e respeitada em termos de reciprocidade de uns com os outros”. CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital, **Constituição da República Portuguesa anotada**. Vol. I., p. 199.

<sup>469</sup> Cf. Título I, Cap. I, 1, 1.1

<sup>470</sup> “Devo proceder sempre de maneira que eu possa querer também que a minha máxima se torne uma lei universal”. KANT, Immanuel, **Fundamentação da metafísica dos costumes**, p. 34.

<sup>471</sup> “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio” KANT, Immanuel, **Fundamentação da metafísica dos costumes**, p. 73.

<sup>472</sup> Cf. Título I, Cap. I, 2, 2.2.

<sup>473</sup> BEYLEVELD, Deryck; BROWNSWORD, Roger. **Human dignity in bioethics and biolaw**, p. 55.

quaisquer óbices para a satisfação de interesses; é aquela que respeita os deveres do ser humano para consigo e para o outro em respeito à dignidade que lhes é inerente.<sup>474</sup>

Há de se lembrar ainda que a liberdade encontra limites não somente em razão da liberdade do outro, mas igualmente nos valores e considerações comunitárias. Ressalvadas de pronto as ponderações realizadas quando do debate acerca da teoria de direitos como “trunfos” contra a maioria<sup>475</sup>, vê-se que a dignidade social fixa constrações à liberdade e aos direitos - especialmente aqui os direitos prestacionais – baseadas em valores, circunstâncias fáticas e metas presentes na comunidade na qual a pessoa está inserida.

Tal aspecto, mencionado com mais vagar precedentemente<sup>476</sup>, vale ser retomado agora apenas para enfatizar que tais constrações são justificadas pelo fato de que a coesão e estabilidade de uma sociedade democrática constituem verdadeira premissa de concretização da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

A autonomia individual e os direitos fundamentais requerem um contexto cultural e político estável para serem exercidos, em que se façam presentes uma “moldura de respeito mútuo e confiança e compreensão mútua, um ambiente fisicamente saudável e no qual o fraco pode proceder sem medo dos caprichos dos mais fortes”.<sup>477</sup> Para que isso ocorra, não se dispensa uma visão de vida, valores e propósitos comuns que legitimam os limites à liberdade necessários para esses fins, e, por consequência, o ordenamento jurídico que os impõe.

Não se pode negar que a liberdade de exercício de direitos “encontram e enfrentam também os valores comunitários indivisíveis que influenciam o seu conteúdo e, sobretudo, lhes põe limites exteriores”.<sup>478</sup> Assim sendo, a legitimidade do próprio Estado depende da

---

<sup>474</sup> Em precisa síntese sobre o tema, vale destacar a lição de Oscar Vilhena: “O princípio da dignidade, expresso no Imperativo Categórico, refere-se substantivamente à esfera de proteção da pessoa enquanto fim em si, e não como meio para a realização de objetivos de terceiros. A dignidade afasta os seres humanos da condição de objetos à disposição de interesses alheios. Nesse sentido, embora a dignidade esteja intimamente associada à idéia de autonomia, da livre escolha, ela não se confunde com a liberdade no sentido mais usual da palavra – qual seja, o da ausência de constrangimentos. A dignidade humana impõe constrangimentos a todas as ações que não tomem a pessoa como fim. Esta a razão pela qual, do ponto de vista da liberdade, não há grande dificuldade em se aceitar um contrato de prestação de serviços degradantes(.) De fato, da perspectiva da liberdade não há problema algum. A questão é se podemos, em nome de nossa liberdade, colocar em risco nossa dignidade. Colocada em termos clássicos, seria válido o contrato em que permito a minha escravidão? Da perspectiva da dignidade, certamente não.” VILHENA, Oscar. **Direitos fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006, p.67.

<sup>475</sup> Cf. Título V, Cap. III, 1.

<sup>476</sup> Cf. Título I, Cap. I, 2, 2.2

<sup>477</sup> FINNIS, John. **Natural law and natural rights**. 2. Ed. New York: Oxford University Press, 2011, p. 216 .

<sup>478</sup> ANDRADE, J.C.Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, p. 103.



existência de valores comuns que, reconhecidos democraticamente como importantes por si mesmos, fazem com que as necessárias restrições individuais para sua proteção e promoção sejam aceitas por cada membro da comunidade.<sup>479</sup>

Consigne-se que a idéia de heteronomia por adequação a valores comunitários não é puramente teórica ou conceitualmente redundante, pois encontra guarida expressa na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, ao estabelecer que “toda pessoa tem deveres com a comunidade” e que “no desfrute de suas liberdades, todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática”.<sup>480</sup>

Por sua importância, vale frisar repetidamente a noção de que as restrições da liberdade nos termos ora retratados não traduz uma visão utilitarista de bem-comum, mas sim valores e objetivos coletivos voltados para a garantia da preservação real da dignidade de todas as pessoas, individualmente consideradas e tidas como inerentemente importantes, e não “simplesmente como membros de uma coletividade aproveitado um benefício comum difuso em que todos participam em cotas indistintas e impessoais”.<sup>481</sup>

Cumpra lembrar também que não somente valores e propósitos, mas também circunstâncias fáticas de âmbito comunitário, notadamente de ordem econômica, podem servir como restrição à liberdade de exercício de direitos. No já debatido panorama intrínseco de escassez<sup>482</sup>, observa Gustavo Amaral que, “tomado individualmente, não há situação para o qual não haja recursos”, exemplificando na área das prestações de saúde que “não há tratamento que suplante o orçamento (...) Enfocando apenas o caso individual, vislumbrando apenas o custo de cinco mil reais por mês para um coquetel de remédios (...)

---

<sup>479</sup> Segundo Charles Taylor, uma “forma de vida comum” é necessária para a identificação dos cidadãos com o Estado e para a aceitação de suas demandas como legítimas. Segundo o autor, e em resposta à tese de “trunfos” de Dworkin, “o modelo de direitos vai muito bem com uma consciência mais atomista, onde eu entendo minha dignidade como aquela de um indivíduo portador de direitos. Certamente (..) eu não posso estar muito disposto a suplantar (*trump*) a decisão coletiva em nome de direitos individuais se eu já não me tiver movido a certa distância da comunidade que toma essas decisões”. TAYLOR, Charles. *Alternative Futures*, p. 211-213 apud KYMILICKA, Will. **Contemporary political philosophy** cap. 6. Para Kymlicka, esse distanciamento é causa da crise de legitimidade por que passam as democracias liberais, nas quais “são exigidos dos cidadãos mais e mais sacrifícios no nome da justiça, mas eles compartilham menos e menos com aqueles para quem esses sacrifícios são feitos.” Idem, loc. Cit.

<sup>480</sup> Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. XXIX. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br>

<sup>481</sup> MACCORMICK, D. N. Rights in legislation apud FINNIS, John. **Natural law and natural rights**. 2. Ed. New York: Oxford University Press, 2011., p. 216.

<sup>482</sup> Cf. Título IV, Cap. III.

não se vê a escassez de recurso”.<sup>483</sup> Destarte, a limitação de direitos pode ser justificável em face da aludida noção de reserva do possível, que se legitima nas considerações heterônomas, da higidez orçamentária e da preocupação com o igual direito prestacional de outros .

À vista disso, nada impede que as restrições sejam feitas com base numa justificação comunitária, haja vista que a aplicação concreta dos direitos fundamentais individuais encontra parâmetros nos laços que o indivíduo deve manter com seu semelhante em dignidade e com as concepções de vida e os valores compartilhados pela comunidade.

A liberdade presente na dignidade deve ser necessariamente harmonizada com o exercício de direitos dos outros membros da sociedade e com os valores sociais democraticamente assumidos como prioritários para comunidade. Como afirma Konrad Hesse, os limites dos direitos fundamentais – especialmente no campo prestacional - são nitidamente ligados à necessidade de coordenação mútua entre as condições de vida garantidas por esses direitos e outros bens jurídicos essenciais para a coletividade <sup>484</sup>, dentro de uma “cláusula da comunidade” deve limitar direitos que coloquem “em perigo bens jurídicos necessários à existência da comunidade”<sup>485</sup>.

### 3 A LIBERDADE COMO PARÂMETRO DE JUSTIÇA DISTRIBUTIVA

Uma justificação de políticas distributivas e de direitos fundamentais prestacionais com base na idéia de liberdade não é usual e encontra forte resistência na arraigada concepção de liberdade negativa. Muitos que advogam a tese da liberdade como valor moral essencial e central da sociedade defendem, concomitantemente, uma noção de Estado mínimo, recusando, por consequência, qualquer atividade estatal para fins (re)distributivos. Para Robert Nozick, por exemplo, qualquer iniciativa estatal de transferência de recursos implicaria interferência injustificada na vida das pessoas, cuja liberdade de buscar seus

---

<sup>483</sup> AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**, p. 80-81.

<sup>484</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**, p. 255. Na mesma orientação, bem assevera Jorge Barcelar Gouveia, “não seria possível a vida coletiva se não fossem previstos mecanismos de limitação material dos direitos fundamentais genericamente proclamados, com o intuito primordial de assegurar a própria efetividade da respectiva tipologia no seu conjunto”. GOUVEIA, Jorge B. **Manual de direito constitucional**. vol. II. Coimbra: Almedina, 2011, cap. XI

<sup>485</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, p. 1280. Ressalte-se que a afirmação do autor se dá no contexto de limites imanentes e tratando expressamente de “direitos, liberdades e garantias”.

propósitos de vida seria protegida por direitos individuais que não poderiam ser vulnerados por preocupações com uma suposta justiça distributiva<sup>486</sup>.

Mesmo em se admitindo a necessidade de auxílio material aos mais carentes, a defesa de uma liberdade negativa em sentido estrito implica a impossibilidade do Estado de agir nesse sentido, haja vista que a transferência dos recursos necessários para esse fim por via de tributos, por exemplo, traduziria e violação do direito de propriedade daqueles que são tributados. Por isso, o conceito de direitos fundamentais prestacionais seria ainda mais incompatível com essa percepção de liberdade. A justiça distributiva, em vez ensejar a existência de direitos, serviria para a violação de direitos ao impor obstáculos ao indivíduo como sujeito autônomo.<sup>487</sup> Embora essa idéia não negue a validade moral da benevolência e da caridade, as pessoas não poderiam ser coagidas pelo Estado serem benevolentes e caridosas.<sup>488</sup>

Contudo, apesar da correta consideração de liberdade como valor fundamental da sociedade, sua mencionada relação com a noção de dignidade da pessoa humana afasta essa alegada incompatibilidade com políticas e direitos de natureza prestacional por parte do Estado. Mesmo a partir de uma visão estrita de liberdade negativa, é possível admitir a existência de ações prestacionais que sejam indispensáveis para o exercício da autonomia individual.<sup>489</sup>

---

<sup>486</sup> Segundo o autor, a própria noção de justiça distributiva seria equivocada: “não há distribuição central, nenhuma pessoa ou grupo legitimada a controlar todos os recursos, decidindo conjuntamente como eles devem ser distribuídos. O que uma pessoa obtém, ela obtém de outros que dão a ela em troca de algo, ou como um presente. Numa sociedade livre, pessoas diversas controlam diferentes recursos, e novas aquisições surgem das trocas voluntárias e ações de pessoas. (...) O resultado total é o produto de várias decisões individuais as quais os diferentes indivíduos envolvidos são legítimas a tomar.” NOZICK, Robert. **Anarchy, State and utopia**. New York: Basic Books, 1974, cap. 7.

<sup>487</sup> Segundo James Griffin, por exemplo, os direitos “não exaurem todo o domínio moral; eles não exaurem nem mesmo todo o domínio da justiça”. Assim, nem toda desigualdade poderia ser reconhecida como violação de direitos, embora possa ser tida como injusta. Por isso, o mesmo autor estabelece que a condição máxima de existência de direitos é a proteção do ser humano como agente autônomo, não se prestando os mesmos a proteger “uma vida boa, feliz ou próspera”. GRIFFIN, James Griffin (2001). First steps in an account of Human Rights. **European journal of Philosophy**. Vol. 9, n. 3, dez/ 2001, p. 317.

<sup>488</sup> HAUSMAN, Daniel M.; McPHERSON, Michael S. **Economic analysis, moral philosophy and public policy**, p. 169.

<sup>489</sup> Para Loren Lomasky, “liberdade e bens prestacionais (welfare goods) são assimétricos na teoria dos direitos, como o liberalismo clássico reconhece”. Porém, caso “os agentes forem incapazes para suprirem seus próprios bens necessários ao seu bem-estar por meio de atividade cooperativa, e se nenhum indivíduo ou grupo voluntaria-se para a provisão de tais bens, (...) o direito condicional a níveis mínimos de subsistência torna-se operacional”. LOMASKY, Loren E. **Persons, rights and the moral community**. Oxford: Oxford University Press, 1987, p. 164. No mesmo sentido, James Griffin admite que prestações materiais ligadas diretamente ao exercício concreto da autonomia e liberdade devem ser considerados direitos fundamentais. GRIFFIN, James. **On human rights**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 181.

Ora, como bem destaca Joseph Raz, para que o indivíduo seja autônomo ele deve ter “uma variedade de opções aceitáveis para sua escolha, e sua vida torna-se como é por meio de sua escolha de algumas dessas opções”<sup>490</sup>. Nesses termos, a verdadeira autonomia depende de que se assegurem condições para que as pessoas tenham real exercício e consciência de suas escolhas em matérias fundamentais de sua vida, cabendo ao Estado agir para esse fim não somente prevenindo a perda de autonomia, mas também por meio de ações necessárias para garantia de melhores opções e oportunidades para todos.<sup>491</sup>

Logo, a liberdade compatível com a dignidade da pessoa humana não exige apenas o reconhecimento do ser humano como portador de autonomia, mas também a capacidade de exercício dessa autonomia<sup>492</sup> no contexto social.<sup>493</sup> A dignidade social acarreta uma visão de liberdade que exige a disponibilização de meios para que a pessoa seja efetivamente livre e autônoma.<sup>494</sup>

A capacidade do sujeito de escolher seus propósitos e objetivos presta-se justamente a oferecer possibilidades de exercício de liberdade, pois, como bem ressaltam Hausman e McPherson, um Estado que “admite o analfabetismo tem muito em comum – do ponto de vista da liberdade – com um que proíbe livros”.<sup>495</sup> Por isso, cumpre retomar a compreensão de Amartya Sen acerca da capacidade de funcionamento pessoal - já discutida ao se tratar do tema da igualdade de oportunidades<sup>496</sup> - desta vez sob o ponto de vista da liberdade.

Para Amartya Sen, a capacidade é a habilidade de atingir determinados funcionamentos, tal como a alfabetização é capacidade que enseja o funcionamento que é a habilidade de leitura. A liberdade traduz-se na noção de capacidade na medida em que se liga

---

<sup>490</sup> RAZ, Joseph. **The morality of freedom**. Oxford: Oxford University Press, 1986, p. 204.

<sup>491</sup> Ibidem, p. 415-416. Segundo

<sup>492</sup> Assim, “a posse (ou perda) da dignidade funda-se tanto em ter (ou não ter) determinada capacidade, como em ser capaz (ou incapaz) de exercitar essa capacidade”. BRENNAN, A.; LO, Y.S. Two Conceptions of Dignity: Honour and Self-Determination In: MALPAS, Jeff; LICKISS, Norelle (eds.). **Perspectives on human dignity**, p. 43-58 .

<sup>493</sup> BERLIN, Isaiah. Two concepts of liberty, p. 191.

<sup>494</sup> A dignidade social como princípio jurídico deve ser compreendida como uma “condição prévia para a autoidentificação do indivíduo e seu desenvolvimento pessoal; como as implicações políticas e culturais da autoconfiança e a auto-estima; como o direito a um padrão de vida aceitável e como um conjunto de condições susceptíveis de se tornar uma pessoa totalmente participantes membros da sociedade.” MARELLA, Maria R. A new perspective on human dignity: european contract Law, social dignity and the retreat of the Welfare State. In: GRUNDMAN, Stefan (ed.). **Constitutional values and European contract Law**. The Netherlands: KluwerLaw International BV, 2008, p. 123-147 .

<sup>495</sup> HAUSMAN, Daniel M.; MCPHERSON, Michael S. **Economic analysis, moral philosophy and public policy**, p. 162 .

<sup>496</sup> Cf. Título V, Cap. II, 3, 3.2

à existência de oportunidades substanciais disponíveis para que se atinja uma determinada combinação de funcionamentos pessoais.<sup>497</sup>

Considerando a já sustentada necessidade de responsabilidade pessoal pelas escolhas na condução de sua vida, tem-se que o componente de liberdade da dignidade humana não pressupõe que a pessoa efetivamente use as oportunidades que lhe são apresentadas como capacidades de funcionamento. Desse modo, ser livre não é ter ou ser algo, mas ter a capacidade para tanto. Consoante Amartya Sen, o que é relevante para fins de consideração de justiça é o que a pessoa é livre para ter e ser, e não aquilo que ela efetivamente tem ou é.<sup>498</sup>

Todavia, embora a falta de consecução dos propósitos de vida não afaste o valor inerente do ser humano ou descaracterize sua liberdade<sup>499</sup>, a dignidade da pessoa humana exige uma oportunidade real de escolha de seus próprios propósitos de vida, no contexto de contingências culturais, políticas e econômicas inerentes à vida em comunidade. É vulnerada, portanto, sempre quando circunstâncias fáticas ou jurídicas impedem o desenvolvimento da capacidade de busca individual pelos objetivos de vida traçados pelo próprio sujeito.

Ser livre não é meramente uma questão de oportunidade formal para se fazer o que bem se entender da própria vida, e sim de encontrar condições sociais e materiais propícias para a aproveitar ou não oportunidades e alternativas reais que se fazem disponíveis.<sup>500</sup> Por isso, é preciso buscar “a eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer preponderantemente sua condição de agente”.<sup>501</sup>

---

<sup>497</sup> SEN, Amartya. Elements of a theory of human rights. **Philosophy & Public Affairs** 32, n. 4, 2004, p. 332. Sobre a liberdade como capacidade, com algumas diferenças quanto à doutrina de Sen, notadamente quanto à especificação e ao sopesamento das diversas capacidades do ser humano, cf. NUSSBAUM, Martha. **Women and human development**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

<sup>498</sup> Exemplifica o autor: “Mahatma Gandhi notoriamente não se utilizou da oportunidade de ser bem alimentado quando ele decidiu jejuar como protesto contra as políticas do Raj inglês na Índia. Em termos do real funcionamento de ser bem nutrido, o Gandhi em jejum não se diferencia de um sujeito faminto em face da falta de alimentos, mas as liberdades e oportunidade que eles respectivamente tiveram são bem diferentes. SEN, Amartya. Elements of a theory of human rights, p. 334-335.

<sup>499</sup> Ronald Dworkin estabelece que o reconhecimento que a dignidade pressupõe é aquele que traduz o respeito que demonstramos às pessoas pelo simples fato de serem pessoas, não sendo ligado as suas características peculiares ou realizações. DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**, p. 205. Observa ainda James Griffin que “a liberdade não é a realização de um conceito individual de boa vida, mas somente sua busca”. GRIFFIN, James. **On human rights**, p. 160.

<sup>500</sup> Segundo Amartya Sen, é “absurdo dissociar a extensão de nossa liberdade de nossas preferências entre alternativas.” SEN, Amartya. Gender and cooperative conflicts, p. 470 *apud* HAUSMAN, Daniel M.; McPHERSON, Michael S. **Economic analysis, moral philosophy and public policy**, p. 230. No mesmo sentido, cf. ARROW, Kenneth J. A note on freedom and flexibility. In: BASU, Kaushik et al (ed.). **Choice, welfare and development: a festschrift in honour of Amartya K. Sen**. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 7-16.

<sup>501</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 10. Para Sen, é essencial “favorecer a criação de condições nas quais as pessoas tenham oportunidades

Para esse objetivo, pode-se adotar uma perspectiva de liberdade negativa, no sentido de que o Estado remova e também não imponha obstáculos para que a pessoa disponha de um contexto material mínimo para o exercício de suas capacidades. Isso pode se dar, por exemplo, por meio da consideração de impenhorabilidade de certos bens de devedor<sup>502</sup> ou ainda, mais propriamente, pelo reconhecimento de imunidades de tributação sobre a renda e sobre produtos considerados essenciais.<sup>503</sup> Foi, aliás, no direito tributário em que a noção de mínimo de existência - discutida anteriormente<sup>504</sup> - passou a ser considerada pela doutrina brasileira.<sup>505</sup>

Não custa repetir, contudo, que a consideração de liberdade negativa não é suficiente para a defesa e promoção da dignidade da pessoa humana, que depende não somente do respeito a um status negativo que proteja a pessoa contra ingerências externas na esfera de vida individual. Depende também consideração da liberdade em sua vertente positiva, a qual, por sua vez, não se esgota na visão heteronômica de limitação de liberdades

---

reais de julgar o tipo de vida que gostariam de levar. Fatores econômicos e sociais como educação básica, serviços elementares de saúde e emprego seguro são importantes não apenas por si mesmos, como pelo papel que podem desempenhar ao dar às pessoas a oportunidade de enfrentar o mundo com coragem e liberdade. Essas considerações requerem uma base informacional mais ampla, concentrada particularmente na capacidade de as pessoas escolherem a vida que elas têm razões para valorizar”. Ibidem, p. 82.

<sup>502</sup> No Brasil, a noção de mínimo para existência é subjacente à exceção legal da penhora em execução do imóvel residencial utilizado pela entidade familiar e dos bens móveis que o guarnecem (Lei n. 8009, de 29 de março de 1990). Tal noção é utilizada também na jurisprudência constitucional alemã e portuguesa, nos termos examinados mais adiante, cf. Título VII, Cap. II.

<sup>503</sup> Essa discussão ocorre a partir do princípio da capacidade contributiva, medida de acordo com o mínimo existencial, e da seletividade, pelo qual o tributo deve incidir por alíquotas mais elevadas na razão inversa da utilidade social do serviço ou do bem ou da sua essencialidade, que pode levar até a isenção ou imunidade fiscal. Para Klaus Tipke, por exemplo, “a capacidade contributiva só começa para lá do mínimo existencial. (...) O mínimo existencial familiar é um tabu para o poder fiscal”. Cf. LANG, Joachim; TIPKE, Klaus. **Direito tributário** (Steuerrecht). Vol. I. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 2008, p. 55. No mesmo sentido, cf. BENDA, Ernesto *et al.* **Manual de derecho constitucional**, Madri: Marcial Pons, 1996, p. 124-127. Na jurisprudência portuguesa, o mínimo para existência também é relacionado com o princípio da capacidade contributiva pelo Supremo Tribunal Administrativo (STA). Nesse sentido, por exemplo, o Acórdão n. 2059/03, de 31/03/2004. Disponível em: [www.stadministrativo.pt](http://www.stadministrativo.pt).

<sup>504</sup> Cf. Título V, Cap. II, 2.

<sup>505</sup> Ainda no século XIX, Rui Barbosa já considerava “absoluta a necessidade de não submeter ao imposto direto o mínimo necessário à existência (*Existenzminimum*), nas classes mais desfavorecidas. Certamente esse mínimo, se o quisermos determinar precisamente, é incógnita muito variável. Mas há possibilidade de apreciações aproximativas, que financeiros e legisladores têm considerado suficientes, para dar satisfação, ao menos relativa, às exigências da equidade.” Cf. BARBOSA, Rui. Relatório do Ministro da Fazenda. Obras completas, v. XVIII, 1891, Tomo III apud TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, n. 177, jul-set. 1989, p. 29-49. Sobre o tema, na doutrina brasileira, cf. BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005; CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 12<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Malheiros, 1998; TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

individuais em prol da liberdade de terceiros e de valores e metas comunitárias; pressupõe também prestações materiais voltadas à promoção de condições concretas de liberdade em face de privações que incapacitem o sujeito de realizar livremente suas escolhas de vida.<sup>506</sup>

Nesse ponto, vale lembrar o conceito de “liberdade da necessidade” (*freedom from want*) apresentado por Franklin D. Roosevelt pelo qual afirma que a liberdade provém não somente da inexistência de obstáculos à livre expressão e crença, ou a ausência de medo de ataques externos, mas também de condições materiais mínimas para ser efetivamente exercida.<sup>507</sup> Tal conceito foi desenvolvido posteriormente por Roosevelt ao afirmar que “uma verdadeira liberdade individual não pode existir sem segurança e independência econômica. ‘Homens necessitados não são homens livres’. Pessoas que têm fome e não têm emprego são a matéria prima das ditaduras”.<sup>508</sup> Por essa razão, far-se-ia necessário a consagração de novos direitos referenciáveis a noções de padrão mínimo de vida e justiça social, tais como o direito ao emprego e rendimento mínimo suficiente para “comida, vestuário e lazer”; direito à uma “moradia decente”, a “atendimento médico adequado”, a uma “boa educação” e à proteção social contra a “velhice, doença, acidente e desemprego”.<sup>509</sup>

Embora não tenha encontrado amparo no próprio constitucionalismo norte-americano<sup>510</sup>, tal concepção de liberdade serviu de inspiração para instrumentos

---

<sup>506</sup> “A dimensão intrínseca e autônoma da dignidade da pessoa humana articula-se com a liberdade de conformação e de orientação de vida segundo o projeto espiritual de cada pessoa, o que aponta para a necessidade de, não obstante a existência de uma constante antropológica, haver uma abertura às novas exigências da própria pessoa humana. *Estas novas exigências podem reclamar a necessidade de prestações (públicas ou privadas) enriquecedoras das irradiações físicas e espirituais da pessoa*” CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital, **Constituição da República Portuguesa anotada**, p. 199 (grifo nosso).

<sup>507</sup> Tal afirmação se deu, originalmente, no conhecido discurso das “Quatro Liberdades”, como é conhecido o discurso sobre o estado da União (*State of the Union address*) proferido em 6 de janeiro de 1941. Disponível em: <http://millercenter.org/president/speeches/detail/3320>

<sup>508</sup> ROOSEVELT, Franklin D. Discurso sobre o estado da União (*State of the Union address*) proferido em 11 de janeiro de 1944. Disponível em: [http://www.fdrheritage.org/bill\\_of\\_rights.htm](http://www.fdrheritage.org/bill_of_rights.htm).

<sup>509</sup> Ibidem, loc. Cit.

<sup>510</sup> Sobre o tema, que foge dos limites da presente discussão, cf. SUNSTEIN, Cass R. **The second Bill of Rights: FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever**. Reprint edition. New York: Basic Books, 2006. Note-se, todavia, que as idéias de Roosevelt serviram de inspiração para a redação do art. 25, n. 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que dispõe: “Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.” Do mesmo modo, dispõe o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu art. 11, n. 1: “os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.” Textos disponíveis em: [http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm).

internacionais de proteção de direitos humanos<sup>511</sup> e reflete com apuro a percepção de que a supressão de condições extremas de necessidades materiais é condição para o exercício de liberdade.<sup>512</sup> Por isso, cabe ao Estado garantir pressupostos fáticos da liberdade por meio de prestações materiais que evitem um esvaziamento da capacidade real do sujeito de buscar seus próprios propósitos de vida como melhor julgar, uma vez que, “sem um mínimo necessário à existência, cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade”.<sup>513</sup>

Duas considerações, porém, fazem-se oportunas. A primeira lembra que tais prestações materiais, justamente por derivarem das emanções de liberdade provenientes da dignidade da pessoa humana, condicionam-se àquilo que “cada pessoa, em função de sua humanidade, pode exigir da comunidade”<sup>514</sup> dentro do âmbito da já observa noção de reserva do possível<sup>515</sup>. A segunda enfatiza novamente o senso de auto-responsabilidade presente na liberdade para, em consonância com o que dispõe Amartya Sen, defender que a atividade distributiva baseada no conceito ora apresentado de dignidade deve voltar-se para o desenvolvimento de capacidades da pessoa humana e não para a garantia de que todos atinjam os mesmo funcionamentos independentemente de suas escolhas de vida.

---

<sup>511</sup> Note-se que as idéias de Roosevelt serviram de inspiração para a redação do art. 25, n. 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que dispõe: “Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.” Do mesmo modo, dispõe o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu art. 11, n. 1: “os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.” Textos disponíveis em: [http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm).

<sup>512</sup> É interessante consignar, nesta altura, as palavras do filósofo Albert Camus: “se alguém toma teu pão, ele suprime tua liberdade ao mesmo tempo. Mas se alguém toma tua liberdade, podes ter certeza que teu pão está ameaçado, pois ele depende não mais de ti e de tua luta, mas dos caprichos de um senhor”. CAMUS, Albert. **Resistance, rebellion and death**. (1960). New York: Vintage Books, 1995, p. 94.

<sup>513</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais, **Revista de direito administrativo**, p. 30.

<sup>514</sup> HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 121.

<sup>515</sup> Cf. Título IV, Cap. 2, 2.



#### IV DIGNIDADE SOCIAL E JUSTIÇA DISTRIBUTIVA

À luz da argumentação apresentada ao longo deste estudo, nota-se que a discussão acerca da atividade prestacional do Estado e de seus limites tem como pano de fundo a preocupação de justiça distributiva.<sup>516</sup> Ao se buscar critérios de escolhas jurídico-políticas sobre como o Estado deve atender materialmente as diversas demandas sociais (o que prestar, para quem prestar e em que medida prestar), há de se estabelecer, primeiramente, a razão pela Estado deve exercer tal papel, razão essa que legitime as restrições individuais indispensáveis para a essa finalidade.

Restou evidenciado que elementos estritamente econômicos, embora sejam importantes para avaliação da eficiência da atividade prestacional do Estado, não se prestam como padrão de avaliação acerca de sua justiça distributiva. A prestação de uma educação pública e gratuita, por exemplo, não é justificável unicamente pelo ganho de produtividade e de eficiência econômica decorrentes da introdução de cidadãos mais qualificados no mercado.

Por mais que tal decorrência seja real, uma análise baseada num viés estrito de custo/benefício acaba por traduzir um ponto de vista puramente consequencialista, baseado na busca de uma maximização utilitarista de bem-estar aferida por uma suposta comparação de fatores de “utilidade”, do qual resultaria um valor agregado determinante do bem-estar coletivo, que, todavia, ignora a inerente importância da pessoa humana individualmente considerada e ignora por completo questões de ordem axiológica inerentes à atividade prestacional do Estado.

Parece não haver dúvidas que a miséria e o sofrimento dos menos favorecidos economicamente trazem à tona razões éticas e morais de oposição a esse estado de coisas que, por sua vez, repercutem na necessidade de intervenção material do Estado.<sup>517</sup> Contudo, não se pode simplesmente fixar a atividade prestacional como base num conceito puramente altruísta de ajuda ao próximo fixado numa noção intuitiva de justiça. Seria ingenuidade presumir que os governantes sempre tenham tais valores como parâmetros espontâneos de

---

<sup>516</sup> Cf. Título V, Cap. I

<sup>517</sup> Nas palavras de Joseph Raz, o que motiva a preocupação com tais circunstâncias de desigualdade é “a fome do faminto, a necessidade do necessitado, o sofrimento do doente, e assim por diante. O fato de que eles estão piores no respeito relevante que seus vizinhos é relevante. Mas é relevante não como um mal inerente da desigualdade. Sua relevância está na demonstração que sua fome é maior, sua necessidade é mais premente, seu sofrimento mais doloroso, e por isso nossa preocupação com o faminto, o necessitado, o sofredor e não nossa preocupação com a igualdade que nos faz dar a eles prioridade.”. RAZ, Joseph. **The morality of freedom**. Oxford: Oxford University Press, 1986, p. 240.

atuação ou que os mais aquinhoados da sociedade aceitem voluntariamente as necessárias transferências fiscais de seu patrimônio com base em noções puramente filosóficas de humanidade, igualdade, liberdade e comunidade. Por essa razão, a dignidade da pessoa humana - como conceito que consubstancia tais valores - é estabelecida como princípio jurídico-constitucional<sup>518</sup> do qual decorrem direitos fundamentais subjetivos<sup>519</sup> que, por sua vez, impõem ao Estado deveres prestacionais.<sup>520</sup> A dignidade da pessoa humana afirma-se, pois, como parâmetro deontológico e jurídico da atividade prestacional<sup>521</sup>, devendo ser considerada sob suas complementares dimensões individual e social.<sup>522</sup>

Sob a perspectiva social, a dignidade como parâmetro da atividade prestacional apresenta-se a partir da consideração da pessoa humana como ser inerentemente digno, mas que convive com outras pessoas igualmente dotadas de dignidade em uma sociedade dotada de valores e propósitos comunitários<sup>523</sup>. Sendo assim, a atividade prestacional do Estado deve pautar-se por tais valores e propósitos, que devem ser democraticamente escolhidos, constitucionalmente veiculados por princípios constitucionais e juridicamente garantidos por direitos fundamentais. Nesse contexto, a dignidade da pessoa humana aparece como valor e propósito comunitário essencial, voltada a promover, por meio da atividade prestacional, a coesão social e cívica.<sup>524</sup>

Nesta altura, convém consignar que, embora se tenha examinado a relação entre dignidade social, igualdade e liberdade de forma apartada<sup>525</sup>, tal opção se deu por questões estritamente metodológicas, a fim de proporcionar uma visão mais clara das peculiaridades

---

<sup>518</sup> Cf. Título I, Cap. II.

<sup>519</sup> Cf. Título II, Cap. III e IV.

<sup>520</sup> Cf. Título III.

<sup>521</sup> Cf. Título V, Cap. II.

<sup>522</sup> Cf. Título VI, Cap. I. Vale acrescentar, nesse ponto, as observações de Canotilho e Vital Moreira: “a dignidade como dimensão intrínseca do ser humano, a dignidade como dimensão aberta e carecedora de prestações, a dignidade como expressão de reconhecimento recíproco – explica muitas soluções normativo-constitucionais acolhidas na Constituição da República. É a dignidade do ser humano entendida como um valor (bem) autônomo e específico que exige respeito e proteção (...). É a dignidade compreendida como dimensão aberta e carecedora de prestações que legitima e justifica a socialidade, traduzida, desde logo, na garantia de condições dignas de existência”. CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**, p. 199.

<sup>523</sup> Cf. Título V, Cap. III

<sup>524</sup> Segundo Michael J. Sandel, uma “política de bem comum” é uma das “primeiras metas de reconstrução da infra-estrutura de uma vida cívica.” Assim, “escolas públicas para as quais tanto ricos quanto pobres poderiam querer mandar seus filhos; transporte público confiável o suficiente para atrair passageiros mais abastados; hospitais públicos, playgrounds, parques, centros recreativos, bibliotecas e museus que, ao menos em tese, poderiam atrair pessoas para fora de suas comunidades cercadas e para dentro dos espaços comuns de cidadania democrática compartilhada”. SANDEL, M.J. **Justice**, cap. 10.

<sup>525</sup> Cf. Título VI, Cap. II e III

que cada temática apresenta. Contudo, do próprio teor das considerações realizadas, extrai-se que os valores de igualdade e de liberdade emanados da dignidade da pessoa humana são intimamente vinculados e empiricamente inseparáveis.

A pessoa sujeita a um tratamento discriminatório com base em elementos de raça, credo ou sexo não é verdadeiramente livre, da mesma forma que não é livre quem não tenha oportunidades materialmente iguais para que, a partir delas, possa escolher os rumos que pretende em sua vida. Ao mesmo tempo, não há igualdade quando se impõe injustificadamente intervenções e obstáculos para o atendimento dos interesses de apenas uma parcela de pessoas, ou quando não se garantem os meios materiais para que os mais pobres tenham a oportunidade de realizar seus desígnios dentro do âmbito da comunidade.

Nota-se, destarte, que os valores da igualdade e da liberdade são ambos atrelados à essência do conceito constitucional de dignidade da pessoa humana<sup>526</sup>, que se consolidada como um “imperativo de justiça social”<sup>527</sup>. Embora envolto em polêmica<sup>528</sup>, o conceito de justiça social, para os presentes propósitos, baseia-se, consoante Rawls, na simples noção de

---

<sup>526</sup> Consoante Isabel Moreira, “a dignidade da pessoa humana – elemento unificador do sistema constitucional – só existe com a concorrência paritária dos valores liberdade e igualdade, pelo que se rejeita um projeto liberal que proclame a liberdade sem assegurar as condições para a mesma. (..) De acordo com sua condição de ser racional, a pessoa merece e tem necessidade de viver num ambiente que permita e favoreça o desenvolvimento, progresso e perfeição da natureza humana, tanto a nível individual como social. Esta é a razão pela qual a dignidade se encontra unida, de modo indissociável, às idéias de liberdade e igualdade; por isso também, ambas se elevam a valores jurídicos fundamentais” MOREIRA, Isabel. **A solução dos direitos:** liberdade e garantias e dos direitos econômicos, sociais e culturais na Constituição Portuguesa. Coimbra: Almedina, 2007, p. 122-125

<sup>527</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4 ed., São Paulo, Max Limonad, 2000, p. 59.

<sup>528</sup> Sobre a discussão quanto à justiça social, que foge aos limites deste estudo, vale transcrever a lição crítica de Otfried Höffe: “Um segundo fenômeno estranho entra em jogo no caso da ‘justiça social’. Na retórica política ela ocupa uma posição hierárquica muito elevada; muitos chegam a ver nela o prumo natural de uma política democrática. Mas, para os teóricos da justiça, a expressão soa estranha. Ela causa estranheza quanto ao seu objeto, pois um elemento de toda e qualquer justiça, a dimensão social, deve destacar uma espécie dentre todas as outras, embora a justiça seja, por definição, social. E, do ponto de vista histórico, as distinções até hoje decisivamente importantes remontam a Aristóteles, sem que elas conheçam uma justiça social. (..) Mas a justiça social somente aparece mais de dois milênios depois, em meados do séc. XIX, e mesmo então, ela não surge na filosofia ou na Teoria do Direito ou do Estado, mas, como ‘giustizia sociale’, na ética social cristã, originalmente na Itália (..) A justiça social não é nenhum *passerpartout* que abre todas as portas da assistência prestada pelo Estado (..) Muitos pensam a propósito da justiça apenas na distribuição e esperam da justiça ‘social’ uma distribuição igual ou uma distribuição segundo as necessidades. Mas os recursos a serem distribuídos não caem como maná do céu. Sobretudo o Estado é tão somente capaz de contribuições secundárias e subsidiárias. Nomeadamente no tocante às contribuições subsidiárias, ele se apóia nas contribuições dos cidadãos, onde ele (co)financia por meio de impostos as instituições de ensino, os fundos sociais ou ramos da economia”. HÖFFE, Otfried. **Justiça Social. Justificação e Crítica do Estado de Bem-Estar**. In: HOLLENSTEINER, Stephan (coord.). **Estado e sociedade civil no processo de reformas no Brasil e na Alemanha**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 79/85.

que o atual estado das coisas não necessariamente determina como elas devem ser.<sup>529</sup> Resta verificar, então, como a dignidade social apresenta-se como parâmetro dessa justiça social, orientando a busca do que é justo no campo prestacional<sup>530</sup> a fim de se garantir “uma ‘rede de segurança’ àqueles que estão em queda para situações de exclusão e de carência absoluta”, de preservar “o sentido e legitimidade da coesão social”, e, ao mesmo tempo, de garantir que “a igualdade não tolha os caminhos da liberdade”.<sup>531</sup>

## 1 DEVERES FUNDAMENTAIS E SOLIDARIEDADE

A relação entre dignidade social, igualdade e liberdade estabelece uma função heteronômica da dignidade da pessoa humana que, conforme consignado anteriormente<sup>532</sup>, é traduzida como fator de limitação de direitos individuais em face dos direitos de outros dotados de igual dignidade e também de valores e desígnios da comunidade. Partindo-se dessa premissa, a atividade prestacional à luz da dignidade social baseia-se não somente na idéia expansiva dos direitos fundamentais prestacionais, mas também em ponderações limitadoras fundadas na existência de deveres indispensáveis ao pleno desenvolvimento da pessoa humana.

Do exame da tese kantiana da dignidade, atina-se para o fato de que o conceito de “dever” é absolutamente central em sua formulação.<sup>533</sup> O valor moral de uma conduta é determinado não por quem a pratica ou para que fins ela é praticada, mas sim por sua conformidade com um *dever* de agir em conformidade com as máximas estipuladas pelos imperativos categóricos.<sup>534</sup>

---

<sup>529</sup> Esses são os termos do posicionamento de Rawls: “podemos rejeitar o argumento de que a ordenação das instituições é sempre defeituosa porque a distribuição de talentos naturais e as contingências das circunstâncias sociais são injustas, e essa injustiça deve inevitavelmente transferir-se para as organizações humanas. Ocasionalmente, essa reflexão é apresentada como uma desculpa para se ignorar a injustiça, como se a recusa a concordar com a injustiça fosse o mesmo que a incapacidade de aceitar a morte. A distribuição natural não é justa nem injusta; nem é injusto que pessoas nasçam em alguma posição particular na sociedade. Esses são simplesmente fatos naturais. O que é justo ou injusto é o modo como as instituições lidam com esses fatos.” RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**, p. 109.

<sup>530</sup> Segue-se, nesse ponto, a definição de Aristóteles de que a “justiça (*dikaiosisynē*) é a virtude que nos leva (...) a desejar o que é justo (*dikaion*)”. ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, V. 1, 1129a

<sup>531</sup> ARAÚJO, Fernando. **Introdução à economia**, p. 50/474.

<sup>532</sup> Cf. Título VI, Cap. III, 2.

<sup>533</sup> Cf. Título I, Cap. I, 1.1.

<sup>534</sup> KANT, Immanuel, **Fundamentação da metafísica dos costumes.**, p. 30-31

Segundo Kant, tais deveres se voltam para o próprio indivíduo – que, por sua dignidade inerente, deve se abster de abrir mão de sua autonomia moral<sup>535</sup> – e para os outros, que devem ser respeitados a partir do reconhecimento de sua igual dignidade.<sup>536</sup> À luz da dignidade social, cumpre acrescentar à tese kantiana a existência de deveres perante a comunidade, fundados em limitações derivadas da visão comunitária do conteúdo da dignidade da pessoa humana.<sup>537</sup>

Nesses termos, observa Oliveira Ascensão que tais deveres têm natureza ética, compondo “necessariamente a condição humana” de “interdependência das pessoas na sua auto-realização”, sendo, por isso, “categoria tão normal como a do direito, que traduz a integração social”.<sup>538</sup> Os deveres, destarte, também derivam da dignidade da pessoa humana e “constituem uma categoria jurídica constitucional própria (...) que, apesar disso, integra o domínio ou a matéria dos direitos fundamentais.”<sup>539 540</sup>

A idéia de deveres fundamentais incorpora a percepção do ser humano como pessoa que não existe isoladamente e cujos direitos no campo prestacional devem ser parametrizados

---

<sup>535</sup> KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**, p. 259-262.

<sup>536</sup> Ibidem, p. 306. Segue Kant: “Todo o ser humano tem um direito legítimo ao respeito de seus semelhantes e está, por sua vez, obrigado a respeitar todos os demais. A humanidade ela mesma é uma dignidade, pois o ser humano não pode ser usado meramente como um meio por qualquer ser humano (quer por outros, quer, inclusive, por si mesmo), mas deve ser sempre ao mesmo tempo utilizado como um fim. É precisamente nisso que sua dignidade (personalidade) consiste, pelo que ele se eleva acima de todos os outros seres do mundo que não são humanos e, no entanto, podem ser usados, e, assim, sobre todas as coisas”. Ibidem, p. 306-307.

<sup>537</sup> BEYLEVELD, Deryck; BROWNSWORD, Roger. **Human dignity in bioethics and biolaw**, p. 39.

<sup>538</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos. **Revista da Ordem dos Advogados**. Ano 68. Jan-2008, Lisboa, p. 97-124.

<sup>539</sup> NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais**. Coimbra: Coimbra Ed., 2007, p. 163-196. Segundo o mesmo autor, “tendo presente um certo paralelismo com as notas típicas ou características essenciais da noção constitucional de direitos fundamentais que nos dá conta a doutrina, podemos dizer que os deveres fundamentais se configuram como posições jurídicas passivas (não ativas), autônomas (face aos direitos fundamentais), subjetivas (já que exprimem uma categoria subjetiva e não uma categoria objetiva), individuais (pois têm por destinatários os indivíduos e só por analogia as pessoas coletivas) e universais e permanentes (pois têm por base a regra da universalidade ou da não discriminação)”. Ibidem, loc. Cit.

<sup>540</sup> Ainda dentro desse paralelismo entre direitos e deveres, vale anotar que a mencionada noção de direitos fundamentais *prima facie*, passíveis de posterior limitação por direitos de terceiros e bens coletivos (cf. ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Barcelona: Gedisa; 2004, p. 207-208), encontra inspiração nítida inspiração na filosofia ética de W. D. Ross, ao estabelecer a noção de deveres morais *prima facie* (*prima facie duties*), que são mais ou menos obrigatórios de acordo com as circunstâncias do caso. Explica o autor: “quando estou em uma situação, como talvez eu sempre esteja, em que mais de um desses deveres *prima facie* cabe a mim, o que eu tenho que fazer é estudar a situação tão inteiramente quanto posso até eu formar a opinião considerada (nunca é mais) que, nas circunstâncias, um deles é mais obrigatório do que qualquer outro; então eu sou obrigado a pensar que para fazer este dever *prima facie* é meu dever definitivo na situação”. ROSS, W. D. **The Right and the Good**. New York: Oxford University Press, 1930, 2002 .

por seus correspondentes compromissos para com a comunidade que, indiretamente, constituem compromissos para com os outros e para com ele próprio, haja vista que “não há realização pessoal que se possa fazer contra ou até sem os outros”.<sup>541</sup> O cenário de direitos prestacionais aos quais correspondem deveres comunitários em uma sociedade democrática presume então que as decisões de política prestacional compatibilizem a opinião e preferências dos indivíduos ao contexto social e cultural em que eles vivem, sem o que a efetivação de tais políticas é diretamente prejudicada.<sup>542</sup>

Isso traz ao lume a concepção de um dever geral de solidariedade<sup>543</sup>, a partir do qual a pessoa identifica-se como membro de uma coletividade e percebe que os interesses dos outros são tão importantes quanto os seus próprios para o alcance de necessidades e interesses comuns que beneficiem a todos.

Sem dúvidas, a solidariedade constituiu preceito teológico e ético, originalmente ligado a visões de fraternidade, caridade e filantropia, que, por sua vez, remetem a uma idéia de sociedade altruísta em que os sujeitos reconheceriam voluntariamente deveres recíprocos.<sup>544</sup> Todavia, a solidariedade consiste também em princípio jurídico<sup>545</sup>, sendo constitucionalmente positivado no ordenamento constitucional brasileiro<sup>546</sup> e português<sup>547</sup>, dentre outros.<sup>548</sup>

---

<sup>541</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos, loc. cit

<sup>542</sup> YAARI, M. E; BAR-HILLEL, M. On dividing justly. **Social choice and Welfare**, Vol. 1, n. 1, 1984, p. 1–24. Disponível em: <http://link.springer.com/article/10.1007%2F00297056>

<sup>543</sup> Sobre o tema, expõe Paulo S. Rosso: “o princípio da solidariedade “explica” a existência de diversos direitos fundamentais abrangidos pela Constituição. Pode ser encarado como a contraprestação devida pela existência dos direitos fundamentais: se tenho direitos, tenho, em contrapartida, o dever de prestar solidariedade àqueles que se encontram em posição mais frágil que a minha”. ROSSO, Paulo S. Solidariedade e direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988. **Revista de direitos e garantias fundamentais**, Vitória, n. 3, p. 11-30, jul./dez. 2008

<sup>544</sup> LAVILLE, Jean-Louis. Solidariedade. In: HESPANHA, Pedro et al. **Dicionário internacional da outra economia**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 210.

<sup>545</sup> Como bem lembra Ricardo Lobo Torres “a solidariedade é, a um só tempo, valor e princípio”. TORRES, Ricardo Lobo. Existe um princípio estrutural da solidariedade? In: GRECO, Marco A.; GODOI, Marciano S. de (orgs.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 198.

<sup>546</sup> Estabelece a Constituição Federal de 1988 ser objetivo da República Federativa do Brasil “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I, CF/88). Sobre o dispositivo, comenta Daniel Sarmento: “É possível afirmar que quando a Constituição estabelece como um dos objetivos fundamentais da República brasileira ‘construir uma sociedade justa, livre e solidária, ela não está apenas enunciando uma diretriz política desvestida de qualquer eficácia normativa. Pelo contrário, ela expressa um princípio jurídico, que, apesar de sua abertura e indeterminação semântica, é dotado de algum grau de eficácia imediata e que pode atuar, no mínimo, como vetor interpretativo da ordem jurídica como um todo”. SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 295.

<sup>547</sup> No contexto português, observa Isabel Moreira: “A República se baseia na dignidade da pessoa humana e na vontade popular, ‘empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária’ (art. 1º. Da CRP). Está-se em crer que antes de uma indicação de princípios, este enunciado aponta para valores

No campo prestacional, a concretização de direitos, notadamente os de cunho social, depende ainda mais diretamente de uma efetiva colaboração solidária de todos os membros da comunidade, derivada da própria convivência social e da efetiva participação da pessoa nos rumos da vida pública.<sup>549</sup>

Tal colaboração solidária transparece, em primeiro momento, a partir do que Casalta Nabais denomina efeito vertical da solidariedade.<sup>550</sup> Sob esse aspecto, derivam da solidariedade obrigações da coletividade para com seus integrantes, na medida em que a comunidade, por meio do Estado, tem o dever de agir concretamente para resgatar, proteger e promover a dignidade das pessoas que a integram.<sup>551</sup>

---

que enformam a República e, por isso, nela, os direitos fundamentais. Quando se afirma a dignidade da pessoa humana, bem como a vontade popular, e se emprega a conjunção copulativa “e” para referir-se o objectivo de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, não se está, em termos de seqüência lingüística intencional, a separar as águas, como se de um lado estivesse a dignidade da pessoa humana – tradicionalmente mais referida ao valor liberdade –, de do outro lado as realidades referidas – mais ligadas ao valor igualdade. Estamos antes perante um enunciado valorativo amplíssimo – dignidade da pessoa humana – que se pretende efetivo e não semântico, donde o apelo ao elemento democrático da vontade popular, que se concretiza em corolários.(..) Não á, pois, dignidade da pessoa humana sem os valores liberdade, justiça e solidariedade” MOREIRA, Isabel. **A solução dos direitos**, p. 119.

<sup>548</sup> Segundo Casalta Nabais, uma cláusula geral de deveres fundamentais é também prevista na Constituição italiana, “cujo art. 2º dispõe: ‘A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem seja como indivíduo seja nas formações sociais em que desenvolve a sua personalidade, e exige o cumprimento dos deveres imprescritíveis de solidariedade política, econômica e social’”. NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos, loc. Cit.

<sup>549</sup>No que Casalta Nabais denomina de “cidadania solidária”. NABAIS, José Casalta. Solidariedade social, cidadania e direito fiscal. In: GRECO, Marco A.; GODOI, Marciano S. de (orgs.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 124-125. Nesse mesmo sentido, Vittorio Frosini aponta a relação entre a solidariedade e o progresso civilizatório: “o progresso da civilização humana mede-se, sobretudo, pela ajuda dada do mais forte para o mais fraco, pela limitação dos poderes naturais daquele como reconhecimento das exigências morais deste, no aumento do sentido de uma fraternidade humana sem a qual os direitos de liberdade convertem-se em privilégios egoístas e o princípio da igualdade jurídica em um nivelamento baseado na submissão ao poder do mais forte.” FROSINI, Vittorio. Los derechos humanos en la sociedad tecnológica. **Anuário de derechos humanos**. Madrid: Universidad Complutense, n. 2, 1983, p. 107.

<sup>550</sup> NABAIS, José Casalta. Solidariedade social, cidadania e direito fiscal, p. 114-115.

<sup>551</sup> Sustenta Canotilho que os “direitos sociais (direito à saúde, educação e habitação) impõem uma política de solidariedade social. Os direitos sociais realizam-se através de políticas públicas (‘política de segurança social’, ‘política de saúde’, ‘política de ensino’), orientados segundo o princípio básico e estrutural da solidariedade social. Designa-se, por isso, política de solidariedade social o conjunto de dinâmicas político sociais através das quais a comunidade política (Estado, organizações sociais, instituições particulares de solidariedade social e, agora, a Comunidade Européia) gera, cria e implementa proteções institucionalizadas no âmbito econômico, social e cultural como, por exemplo, o sistema de segurança social, o sistema de pensões de velhice e invalidez, o sistema de creches e jardins-de-infância, o sistema de apoio à terceira idade, o sistema de proteção da juventude, o sistema de proteção de deficientes e incapacitados”. CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, p. 511–512.

Por outro lado, o dever de solidariedade apresenta também um efeito horizontal<sup>552</sup>, que determina que a concretização de direitos prestacionais depende de deveres não somente do Estado para com o particular, mas também do indivíduo para com a coletividade. Tais deveres transparecem não somente a partir do indispensável custeio coletivo e proporcional das atividades prestacionais pela via tributária<sup>553</sup>, mas também pela já debatida limitação do âmbito de abrangência de direitos individuais em razão das demais contingências sociais que devem ser enfrentadas.<sup>554</sup>

A correlação entre dignidade social, direitos prestacionais e deveres de solidariedade, destarte, serve como mais um argumento para a superação de uma visão de direitos quase absolutos em face do Estado, fixando a percepção da existência de direitos e deveres recíprocos entre a pessoa e a comunidade, na qual os deveres pessoais “são justamente os custos *lato sensu* ou suportes da existência e funcionamento dessa mesma comunidade”.<sup>555</sup>

As limitações derivadas do dever de solidariedade, aliadas às críticas a uma supremacia geral dos interesses e valores individuais no campo prestacional<sup>556</sup>, trazem à discussão a importante concepção de “macro-justiça”, a partir da qual a justiça distributiva deve ser observada no contexto mais amplo e contextual da comunidade<sup>557</sup>, dentro da sempre referida relação entre necessidades infinitas e escassez inerente de recursos para seu atendimento.<sup>558</sup> Essa concepção não determina, por certo, a ignorância de preocupações com a “micro-justiça” – referente a casos concretos de pessoas determinadas que necessitam de prestações estatais – mas fixa a obrigação de que o Estado considere a natureza disjuntiva de

---

<sup>552</sup> NABAIS, José Casalta. Solidariedade social, cidadania e direito fiscal, p. 114-115.

<sup>553</sup> GRECO, Marco A.; GODOI, Marciano S. de (Orgs.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005, *passim*.

<sup>554</sup> Nesse sentido, lembra Vieira de Andrade que “os direitos fundamentais passam a ter nova atribuição que é o valor da solidariedade, isto é, da responsabilidade comunitária dos indivíduos: descobre-se assim a dimensão participativa, incluindo o âmbito de direitos, as atuações individuais de caráter político, e acentua-se a dimensão social, ao ligar a garantia do gozo dos direitos pela coletividade à necessidade de uma intervenção reguladora e prestadora que crie as condições gerais do exercício efetivo”. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**, p. 144

<sup>555</sup> NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos, loc. Cit. Como bem ressalta Fernando Araújo, “uma sociedade que abra mão dos seus valores de coesão e de solidariedade pode não durar muito enquanto sociedade, visto que as clivagens que propiciará contribuirão para a desagregação dos denominadores comuns que a alicerçam: uma sociedade que exclui, e exclui precisamente no ponto em que se joga o acesso à riqueza e, através dela, aos meios que asseguram até a própria sobrevivência física, não é uma sociedade que mereça ser especialmente respeitada, sobretudo pelos próprios excluídos”. ARAÚJO, Fernando. **Introdução à economia**, p. 474.

<sup>556</sup> Cf. Título V, Cap. III

<sup>557</sup> KOLM, Serge-Christophe. **Macrojustice: the political economy of fairness**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 15-16.

<sup>558</sup> Cf. Título IV, Cap. II.



suas decisões alocativas, de modo que o fornecimento de determinado bem ou serviço em prol de um não implique a impossibilidade de igual prestação para outros ou mesmo a vulneração de todo o sistema prestacional.<sup>559</sup> Por isso, a solidariedade e a igualdade estabelecem que “a justiça do caso concreto deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou possam vir a estar em situação similar.”<sup>560</sup>

Acrescente-se que o dever de solidariedade vincula-se ao próprio fundamento de legitimidade da atividade prestacional do Estado. Como corolário direito da dignidade da pessoa humana<sup>561</sup>, o dever de solidariedade implicaria a percepção da atividade prestacional como um “seguro hipotético” solidariamente garantido contra vicissitudes para o qual a pessoa não deu ensejo. A admissão da consignação de previsões constitucionais de natureza redistributiva derivaria das incertezas pessoais acerca de suas condições na sociedade<sup>562</sup>, servindo como instrumento de salvaguarda em casos de necessidade.<sup>563</sup> O dever de

---

<sup>559</sup> No contexto de judicialização de prestações de saúde, vale consignar as palavras de Luis Roberto Barroso: “preocupado com a solução dos casos concretos – o que se poderia denominar de micro-justiça –, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a macro-justiça” Por isso defende o autor que eventuais discussões judiciais do tema ocorram exclusivamente no campo das demandas coletivas: “Ora, na esfera coletiva ou abstrata examina-se a alocação de recursos ou a definição de prioridades em caráter geral, de modo que a discussão será prévia ao eventual embate pontual entre micro e macro-justiças. Lembre-se ainda, como já se referiu, que a própria Constituição estabelece percentuais mínimos de recursos que devem ser investidos em determinadas áreas: é o que se passa com educação, saúde (CF/88, arts. 198, § 2º, e 212) e com a vinculação das receitas das contribuições sociais ao custeio da seguridade social. Nesse caso, o controle em abstrato – da alocação orçamentária de tais recursos às finalidades impostas pela Constituição – torna-se substancialmente mais simples.” BARROSO, Luis R. A falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial **Revista Jurídica UNIJUS**. V.11, n. 15, Nov/2008, p. 33.

<sup>560</sup> AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**, p. 39.

<sup>561</sup> HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional**. México: UNAM, 2003, p. 172.

<sup>562</sup> Relembrando aqui a tese contratualista de Rawls e sua posição original hipotética, discutida anteriormente, cf. Título VI, Cap. II, 2.

<sup>563</sup> Numa perspectiva utilitarista, Dennis Mueller observa: “um indivíduo que maximize sua esperada utilidade dado que ele não tem certeza se será rico ou pobre apoiará tributos redistributivos que equalizem as utilidades marginais de membros representativos de cada grupo. (..) Ao criar instituições para redistribuir dos ricos para os pobres, o indivíduo incerto assegura-se contra a possibilidade de ser um dos pobres. (..) Nesse caso a Constituição torna-se uma espécie de contrato de seguro.” MUELLER, Dennis C. **Public choice III**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 46. Sob a perspectiva econômica e considerando os já discutidos problemas de coesão social causados pela desigualdade, consigna Fernando Araújo: “de um ponto de vista um pouco mais abstracto, a presença de mecanismos de redistribuição de riqueza e de nivelamento das fortunas serve, até um certo ponto, como uma espécie de «seguro social» contra a possibilidade de infortúnio que pode afectar qualquer membro da sociedade. Dado que nenhum de nós pode assegurar que a sua boa fortuna vai durar sempre ou está permanentemente imunizada contra reveses da mais variada ordem, até contra circunstâncias fortuitas ou de força maior, quanto maior for a coesão social menor é a amplitude da queda nos rendimentos, menor a perda: a probabilidade é a de, se tudo correr mal, um dinamarquês rico perder 3,5 vezes o seu rendimento, e de um brasileiro rico é a de ficar 25 vezes mais pobre em termos de rendimento.” ARAÚJO, Fernando. **Introdução à economia**, p. 474.

solidariedade aponta, por fim, para a compreensão de que cabe à pessoa o esforço para buscar por si própria aquilo que é objeto da prestação estatal, pois o sujeito que espera que o Estado supra necessidades que ele mesmo tem capacidade de suprir vulnera claramente o dever de solidariedade para com os verdadeiramente necessitados.<sup>564</sup>

## 2 DIGNIDADE E AUTO-RESPONSABILIDADE

O dever de solidariedade ínsito ao conceito de dignidade da pessoa humana associa-se diretamente com a preocupação de auto-responsabilidade que também emana da dignidade. A compreensão da atividade prestacional como um “seguro hipotético”, fundada na solidariedade social, seria, segundo Ronald Dworkin, a mais compatível com a dignidade humana, justamente por demonstrar o necessário respeito pela responsabilidade individual sobre as escolhas de vida, ao revelar o verdadeiro custo de oportunidade dessas escolhas pela eliminação dos efeitos de má sorte e outras desventuras involuntárias.<sup>565</sup>

Para Dworkin, o próprio conceito de dignidade seria fundado nas noções de auto-respeito e autenticidade. A premissa de auto-respeito traduz que cada pessoa deve levar a sério sua própria vida, aceitando “a importância que sua vida seja um desempenho bem-sucedido em vez de uma oportunidade desperdiçada”.<sup>566</sup> Trata-se de uma derivação da “fórmula da humanidade” do imperativo categórico kantiano<sup>567</sup>, que demonstra a necessidade das pessoas reconhecerem a inerente importância de suas próprias vidas, na já referida “voz ativa” da dignidade.<sup>568</sup>

---

<sup>564</sup> GODDARD, Jorge A. Los derechos economicos, sociales y culturales como deberes de solidaridad. In: CARBONELL, Miguel (org.) **Derechos fundamentales y Estado**. México: UNAM, 2002, p. 81 e ss.

<sup>565</sup> DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**, p. 362.

<sup>566</sup> Ibidem, p. 202.

<sup>567</sup> Reis Novais nota que, a partir da premissa de não coisificação, caberia ao “indivíduo (..), primacialmente, a configuração e densificação do conteúdo preciso de sua dignidade.”NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios estruturantes da República Portuguesa**, p. 58.

<sup>568</sup> Cf. Título VI, Cap. III. Vale transcrever as palavras de Dworkin sobre o tema: “O fato de entender que a dignidade significa reconhecer os interesses críticos de uma pessoa, como coisa distinta de fomentar esses interesses, nos proporciona uma leitura útil do princípio kantiano segundo o qual as pessoas devem ser tratadas como fins, nunca simplesmente como meios. Assim compreendido, esse princípio não exige que as pessoas nunca sejam colocadas em desvantagem com o objetivo de oferecer vantagens a outras, mas sim que nunca sejam tratadas de maneira que negue a evidente importância de suas próprias vidas. (..) Essa descrição geral do significado de dignidade explica o que chamei de sua voz ativa: nossa compreensão de que as pessoas se importam, e devem se importar, com sua própria dignidade. Alguém que comprometa sua dignidade está negando, seja qual for a linguagem usada por sua comunidade, o sentido de si mesmo como alguém que tem interesses críticos e cuja vida é importante em si. O que temos, aí, é uma traição de si mesmo. E nossa descrição também explica por que a indignidade é mais grave quando sua vítima não mais sofre em decorrência dela. Afinal, uma pessoa que aceita a indignidade

A premissa de autenticidade, por sua vez, diz respeito à responsabilidade da pessoa pelas suas escolhas de vida, criando-a “por meio de uma narrativa ou estilo coerente que ele mesmo endosse”.<sup>569</sup> A pessoa só é verdadeiramente digna quando assume para si a responsabilidade sobre seus próprios atos.<sup>570</sup> Da mesma forma, a dignidade presume a admissão das conseqüências de suas condutas perante a comunidade, tendo em vista ser ela que solidariamente assume o ônus de arcar com prestações materiais voltadas a evitar situações que levem à indignidade.

Vale lembrar, nesse ponto, o conceito de Jean-Paul Sartre de responsabilidade, pelo qual o ser humano “está condenado a ser livre”, pois “uma vez lançado ao mundo, é responsável por tudo quanto fizer”.<sup>571</sup> Assim, o ser humano é essencial e indissociavelmente o único responsável por sua vida e por suas escolhas, razão pela qual “ser é escolher-se”.<sup>572</sup>

Nesses termos, não se pode ignorar que muitas vezes, mesmo aqueles que têm as condições *ex ante* de deliberar conscientemente acerca de suas escolhas de vida findam por fazer escolhas que os põem do lado menos favorecido da comunidade.<sup>573</sup> Considerando tais circunstâncias, o respeito à igualdade, à liberdade e à solidariedade derivados da dignidade da pessoa humana estabelece que a atividade prestacional do Estado não deve assegurar um

---

aceita a classificação nela implícita, e é uma grande e lamentável derrota aceitar que a própria vida não tem a importância crítica de outras vidas, que seu transcurso é intrinsecamente menos importante”. DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**, p. 338-339.

<sup>569</sup> DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**, p. 203.

<sup>570</sup> Exemplifica Dworkin: “Pessoas que culpam seus pais, ou outras pessoas, ou a sociedade como um todo por seus próprios erros, ou que citam alguma forma de determinismo genérico para se absolverem de qualquer responsabilidade por como agiram, não tem dignidade, porque a dignidade requerer assumir aquilo que se fez.” Ibidem, p. 210.

<sup>571</sup> SARTRE, J. P. **O existencialismo é um humanismo**. São Paulo: Abril, 1973, p. 15.

<sup>572</sup> Idem. **O ser e o nada**: ensaio de ontologia fenomenológica. 6 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1998, p. 545. Segue o autor: Sou responsável por tudo, de fato, exceto por minha responsabilidade mesmo, pois não sou o fundamento do meu ser. Portanto, tudo se passa como se eu estivesse coagido a ser responsável. Sou abandonado no mundo, não no sentido de que permanecesse desamparado e passivo em um universo hostil, tal como a tábua que flutua sobre a água, mas ao contrário, no sentido de que me deparo subitamente sozinho e sem ajuda, comprometido em um mundo pelo qual sou inteiramente responsável, sem poder, por mais que tente, livrar-me um instante sequer, desta responsabilidade, pois sou responsável até mesmo pelo meu próprio desejo de livrar-me das responsabilidades” Ibidem, p. 680.

<sup>573</sup> Atenta Fernando Araújo não ser possível “esquecer que, desgraçadamente, existe também muita pobreza *voluntária*, no sentido de que nem tudo na pobreza é atribuível a desigualdades de oportunidades ou a falhas no mercado dos fatores, sendo que muito resulta de *escolhas* que, por serem menos avisadas, não deixam de ser *livremente* feitas pelas pessoas: a escolha de não se esforçar na busca de emprego, de não desempenhar as suas tarefas enquanto empregado, de não poupar com vista a prevenir quebras de rendimento ou a favorecer as oportunidades dos descendentes, de confiar em vagas esperanças de ganho fácil, de depender de «rendas econômicas» e de subsídios transitórios, são algumas entre as muitas razões que podem explicar porque é *que, desperdiçando as oportunidades*, tantas pessoas se deixam cair em situações de pobreza - e condenam à pobreza os seus agregados familiares”. ARAÚJO, Fernando. **Introdução à economia**, p. 466.

idêntico patamar econômico e social para todos, mas sim amparar aqueles que se encontrem em situação de necessidade por fatos e circunstâncias alheias aos seus desígnios.<sup>574</sup>

Tendo em vista que a atividade prestacional deve pressupor não uma igualdade de resultados, mas uma igualdade material de oportunidades<sup>575</sup>, evidencia-se que a auto-responsabilidade é essencial para a configuração de uma justiça distributiva baseada na dignidade social, por meio da qual as áleas involuntárias devem ser equalizadas e as conseqüências das decisões e ações pessoais devem ser respeitadas em conformidade com a capacidade de autonomia do ser humano.<sup>576</sup>

Destarte, a atividade prestacional do Estado deve ser objeto de interpretação responsável, pois um alargamento demasiado do seu conteúdo também acaba por ir de encontro não somente a propósitos e valores comunitários, mas ao seu propósito original de efetivação da dignidade da pessoa humana, cujo conteúdo é determinado não somente pela conduta estatal, mas também pelo comportamento de cada pessoa.<sup>577</sup>

Tais ponderações não afastam, por certo, a idéia de que a concretização da dignidade da pessoa humana depende da garantia de um “mínimo para existência” que assegure os pressupostos materiais necessários para uma vida verdadeiramente autônoma no contexto social mesmo para aqueles que restaram desfavorecidos pelas próprias escolhas de vida.<sup>578</sup> Contudo, a compatibilidade da noção de mínimo de existência com a preservação e promoção da dignidade da pessoa humana condiciona-se ao seu emprego como justificativa

---

<sup>574</sup> Afinal, como bem questiona Dworkin, “quando posso eu demandar propriamente que outros assumam todo ou parte de um ônus financeiro que assumi ou que recaiu sobre mim? Eu posso precisar de dinheiro porque sofri um acidente que me impede de trabalhar ou que requiere um tratamento médico caro, ou porque eu escolhi ir a praias em vez de trabalhar (...) Se é parte de uma vida digna não apenas fazer escolhas, mas viver com as conseqüências de tais escolhas, tenho razão de distinguir o que preciso porque tenho câncer do que preciso porque escolhi não trabalhar?” DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**, p. 311

<sup>575</sup> Cf. Título VI, Cap. II, 3.3; Cap. III, 3.

<sup>576</sup> Nesse ponto, recorre-se novamente às palavras de Fernando Araújo: “Se toda a riqueza gerada por um esforço adicional reverte a favor daqueles que não desenvolvem um esforço equiparável, qual o incentivo para fazermos, sem contrapartida, de puros hospedeiros do parasitismo alheio? E mesmo que um incentivo altruísta fugazmente se manifeste, como pode ele resistir à atração do impulso oposto, de nos tomarmos nós próprios parasitas do esforço alheio - se esse parasitismo nos assegura, independentemente do esforço, de qualquer esforço, uma igualdade de resultados? Uma sociedade que queira apegar-se muito drasticamente a um ideal nivelador e igualitário cedo descobrirá que esse ideal é esterilizante da iniciativa econômica individual, a qual as mais das vezes, como acabamos de dizer, se pauta por uma ordem de valores que e praticamente a oposta àquele ideal.” ARAÚJO, Fernando. **Introdução à economia**, p. 474

<sup>577</sup> BENDA, Ernest. Die Menschenwürde ist Unantastbar In: *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie (ARSP)*, Beiheft n. 22, 1984, p. 23 apud SARLET, Ingo W. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC** n. 09 – jan./jun. 2007

<sup>578</sup> Cf. Título V, Cap. II, 2.

apenas de hipóteses de “necessidade e de vulnerabilidade, visando a assegurar níveis mínimos de humanização apenas a quem não os consegue por si e quanto tal for indispensável.”<sup>579</sup> O necessário respeito pela auto-responsabilidade da pessoa humana impele que a noção de mínimo para existência seja voltada, portanto, para oportunizar a pessoa “sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos”.<sup>580</sup>

### 3 ATIVIDADE PRESTACIONAL E PATERNALISMO

A defesa da auto-responsabilidade como emanção da dignidade da pessoa humana traz à tona a discussão acerca do paternalismo jurídico e de suas repercussões para a autonomia individual e, especialmente, para as considerações de justiça distributiva da atividade prestacional do Estado à luz da dignidade da pessoa humana.

O debate acerca do paternalismo parte, de modo geral, de uma presunção negativa quanto à idéia e pejorativa quanto ao termo, que remonta a considerações clássicas de John Stuart Mill. Nos termos já referidos<sup>581</sup>, Mill defende que uma intervenção na liberdade de ação do sujeito contra sua vontade nunca seria justificável pelo seu próprio bem físico ou moral, mas exclusivamente com o intuito de evitar danos a terceiros<sup>582</sup>.

Dentro da perspectiva utilitarista que o caracteriza, a oposição de Mill ao paternalismo funda-se no seu efeito deletério sobre a maximização dos interesses pessoais e, por conseguinte, do bem-estar pessoal e da sociedade.<sup>583</sup> Do ponto de vista liberal, sua oposição deriva da necessidade essencial de preservação da autonomia e liberdade

---

<sup>579</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. O “direito ao mínimo de existência condigna” como direito fundamental a prestações estaduais positivas – uma decisão singular do Tribunal Constitucional: Anotação ao acórdão do Tribunal Constitucional n. 509/02. **Jurisprudência Constitucional**, n. 1, jan/mar de 2004, p. 26. Marcelo Novelino Camargo acompanha esse entendimento, ao dizer que, “apesar de desejável o acesso ao maior número possível de bens e utilidades, a ampliação demasiada do conteúdo deste princípio cria o sério risco de enfraquecimento de sua efetividade, podendo gerar um efeito contrário ao desejado. A delimitação apenas aos bens e utilidades indispensáveis (ou mínimos) é feita exatamente para evitar que isso possa acontecer”. CAMARGO, Marcelo Novelino (org). **Leituras complementares de constitucional: direitos fundamentais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 125.

<sup>580</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, p. 63.

<sup>581</sup> Cf. Título I, Cap. I, 2.2.

<sup>582</sup> MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. 2. ed. Clássicos do Pensamento Político; v. 22. Petrópolis, RJ: Vozes, 1991, p. 53.

<sup>583</sup> DIETERLEN, Paulette. Paternalismo y Estado de Bienestar. **Doxa**. n. 05, 1988, p. 179. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com>

individuais<sup>584</sup>, pelo que caberia ao indivíduo, e não ao Estado, decidir por si próprio o que é de seu melhor interesse. Segundo Mill, a auto-determinação na interpretação do significado e valor das experiências de vida é prerrogativa inviolável do indivíduo, e não pode ser suplantada por preferências externas a ele, de acordo com valores que ele não endossa.<sup>585</sup>

Contemporaneamente, Robert Nozick também rejeita qualquer noção de paternalismo, afirmando, dentro da lógica do Estado mínimo, que não se pode coagir ninguém a não fazer determinada atividade sobre o argumento de seu próprio bem ou proteção, sob pena de ir de encontro a direitos individuais que não estão no alcance de ninguém, nem mesmo do Estado.<sup>586</sup> Assim, qualquer política que não respeite uma cooperação voluntária violaria direitos, e tudo o que se poderia fixar coercitivamente pela sociedade seria o dever individual de não interferir no “domínio de escolha” de outrem.<sup>587</sup>

Nessa conjuntura, a proteção da pessoa contra si própria, independentemente ou mesmo contrariamente ao que ela entende como bom, implicaria a existência de uma verdadeira oposição entre os componentes de autonomia, auto-responsabilidade e livre desenvolvimento da personalidade presentes na dignidade da pessoa humana. A idéia de políticas paternalistas seria insustentável, como regra, em um Estado Democrático de Direito<sup>588</sup> e a dignidade, interpretada como o direito de perseguir os fins e objetivos individuais, teria conteúdo necessariamente anti-paternalista.<sup>589</sup>

A partir desse conceito inicial de paternalismo como interferência ou limitação do campo de ação autônoma de uma pessoa justificada por razões referentes exclusivamente ao seu próprio bem ou benefício<sup>590</sup>, cumpre verificar, dentro do necessário para este estudo, se há alguma justificativa plausível para políticas de cunho paternalista no campo da atividade prestacional do Estado.

---

<sup>584</sup> À luz da importância dada por Mills à liberdade como valor superior de condução de vida, John Rawls classifica sua doutrina como “liberalismo abrangente”. RAWLS, John. **Justiça como equidade**, p. 221.

<sup>585</sup> KYMILICKA, Will. **Contemporary political philosophy**, cap. 6.

<sup>586</sup> NOZICK, Robert. **Anarchy, State and utopia**. New York: Basic Books, 1974, passim.

<sup>587</sup> NOZICK, Robert. **Invariances: the structure of the objective world**. Cambridge: Harvard University Press, 2001, p. 280-82.

<sup>588</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge. **Perspectivas constitucionais**. Coimbra: Coimbra Ed., 1996, p. 286-288.

<sup>589</sup> LARENZ, Karl; WOLF, Manfred. **Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts**. 9. ed. München: C.H. Beck, 2004, p. 24

<sup>590</sup> Tal definição baseia-se no conceito geral de Gerald Dworkin, que qualifica uma política como paternalista se ela “limita a liberdade de uma pessoa para seu próprio bem, ou pelo argumento de isso a beneficia ou melhora sua situação de alguma maneira.” DWORKIN, Gerald. Defining paternalism. In: COONS, C.; WEBER, M. (ed). **Paternalism: theory and practice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 30.

De fato, não se pode negar que a imposição de uma política prestacional baseada numa perspectiva externa do que o sujeito precisa ou do que é bom para ele pode trazer graves riscos à dignidade da pessoa humana.

A vulneração da dignidade pode ocorrer, primeiramente, caso se parta de uma visão baseada em direitos individuais absolutos, igualdade formal e liberdade negativa - exatamente os elementos que formam os alicerces das críticas de Mill e Nozick ao paternalismo – visão essa que exclui qualquer possibilidade de limitação à esfera de atuação individual ou de interferências na autonomia e nas escolhas de vida do sujeito.

Note-se, porém, que tais argumentos estritamente individualistas afastam não somente a idéia de paternalismo, mas toda a noção de dignidade humana como elemento de justificativa de imposição de algumas interferências voltadas justamente a assegurar a concretização de direitos, a igualdade material de oportunidades e a liberdade positiva da pessoa humana dentro do contexto comunitário. Inviabilizam, pois, o próprio conceito de atividade prestacional do Estado, reservando a ele um papel clássico de inimigo das liberdades. Ademais, vê-se que, mesmo no campo dos direitos de defesa alegadamente compatíveis com esse ideário, encontram-se enunciados normativos vigentes e aceitáveis por seus partidários que encontram seu fundamento no paternalismo jurídico, de modo que não se pode simplesmente rejeitá-lo por ofensivo à liberdade individual.<sup>591</sup>

No outro extremo, a ofensa à dignidade pode advir da adoção de uma concepção transpersonalista que ignore por completo o indivíduo em prol de uma supremacia geral de interesses estatais<sup>592</sup>, o que se dá a partir de formulação de políticas de cunho assistencialista.

A noção de assistencialismo opõe-se diretamente à dignidade da pessoa humana ao tratar aquele que necessita receber prestações estatais como um mero objeto passivo. Sob o argumento de saber o que é melhor para o sujeito, o Estado o impossibilita de participar ativamente do processo de recuperação de sua autonomia. Paulo Freire lembra que “no assistencialismo não há responsabilidade. Não há decisão. Só há gestos que revelam passividade e domesticação do homem”.<sup>593</sup>

---

<sup>591</sup> Nesse sentido, Joel Feingerg lembra que a vedação de homicídio consentido, a proibição de contratos de assassinato ou de escravidão voluntária, a autorização de uso da força para impedir o suicídio ou a proibição de certos jogos de azar são exemplos de medidas que somente encontram justificação dentro de uma lógica de proteção do sujeito contra ele próprio, e mesmo assim, seriam aceitas como legítimas no contexto liberal. FEINBERG, Joel. Legal paternalism. Canadian journal of Philosophy. Vol. 1, No. 1, set/1971, p. 105-124. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/40230341>.

<sup>592</sup> Cf. Título V, Cap. III

<sup>593</sup> FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. 2. Ed. São Paulo: Paz e Terra, 1969, p. 58. Segue o autor: “o grande perigo do assistencialismo está na violência do seu antidiálogo que, impondo ao

Uma atividade assistencialista influencia negativamente os valores individuais, ao disseminar tendências ao ócio<sup>594</sup> e prejudicar a noção de responsabilidade individual para consigo e para com a comunidade<sup>595</sup>. Torna o ser humano inteiramente dependente do Estado e, conseqüentemente, facilmente manipulável e instrumentalizado por ele, haja vista que “onde o indivíduo recebe praticamente tudo das mãos do Estado não é difícil fazer uso político dessa situação de domínio e pavimentar para os necessitados um caminho de servidão”.<sup>596</sup>

Há de se ter em conta, porém, que políticas paternalistas não podem ser simplesmente rejeitadas a partir de uma absoluta identificação com a falta de liberdade individual ou com o assistencialismo, pois muitas vezes são voltadas justamente para garantir a efetividade concreta da dignidade da pessoa humana dentro de um contexto de valores e propósitos que, embora externos ao indivíduo, são inseparáveis de seu contexto de vida em comunidade.

---

homem o mutismo e passividade, não lhe oferece condições especiais para desenvolvimento ou a ‘abertura’ de sua consciência que, nas democracias autênticas, há de ser cada vez mais crítica. (..) O assistencialismo (..) é uma forma de ação que rouba ao homem as condições à consecução de uma das necessidades fundamentais de sua alma – a responsabilidade. (..) É exatamente por isso que a responsabilidade é um dado existencial. Daí não pode ser ela incorporada ao homem intelectualmente, mas vivencialmente.” Ibidem, p. 57-58.

<sup>594</sup> OKUN, Thomas. **Equality and efficiency**: the big tradeoff. Washington: Brookings Institute Press, 1975, p. 96-100. Sobre os riscos de perda de motivação para o trabalho, irresponsabilização social e de dependência estatal, especificamente no que diz respeito a programas prestacionais de transferência de recursos em espécie, cf. ARAÚJO, Fernando. **Introdução à economia**, p. 482/486.

<sup>595</sup> Embora não faça referência explícita ao assistencialismo, as ponderações de Daniel Bell quanto aos problemas derivados da atividade prestacional do Estado são bem aplicáveis à hipótese: “A lógica universalizante de direitos e prestações mina laços sociais e familiares na sociedade civil ao tornar supérfluas obrigações com a comunidade, ao desencorajar ativamente esforços privados de ajudar outros (p. ex., regras sindicais e regulamentações estritas na Suécia impedem os pais de participarem voluntariamente na administração de algumas creches para as quais eles mandam seus filhos), e até ao prever incentivos que desencorajam a formação de famílias (p.ex., pagamentos assistenciais são cortados em muitos estados americanos se aquele que recebe se casa com alguém que trabalhe) e encorajam a dissolução de famílias (p. ex., divórcios consensuais nos Estados Unidos é geralmente recompensador financeiramente para aquele que não tem custódia, geralmente o pai).” BELL, Daniel. Communitarism. In: ZALTA, Edward N. (ed). **The Stanford encyclopedia of philosophy**. Disponível em: <http://plato.stanford.edu>.

<sup>596</sup> BRANCO, Paulo Augusto G.; COELHO, Inocêncio M.; MENDES, Gilmar F. **Curso de direito constitucional**, p. 1367. Complementam os autores: “Afinal de contas, é grande a tentação totalitária onde os governos ajudam, fomentam e distribuem riqueza, porque o indivíduo que vive em situação de dependência absoluta em relação ao Estado não está em condições de opor-lhe qualquer resistência. Em suma, nesses Estados totais, é mais sensato viver em harmonia com os donos do poder, até porque – essa é a realidade –, para quem precisa de tudo, o estômago o é senhor de todas as decisões, se ainda se pode falar de decisões com relação àqueles que não podem nada.” Ibidem, loc. Cit.



Vale lembrar, inicialmente, a repetida observação quanto à impossibilidade de se admitir uma completa neutralidade axiológica do ordenamento jurídico<sup>597</sup> e do Estado, em que as normas jurídicas e ações estatais sejam isentas de premissas valorativas voltadas a influenciar os julgamentos individuais acerca de condutas que devam ser incentivadas ou reprimidas no contexto comunitário. Como visto anteriormente, mesmo o Estado liberal clássico é permeado de valores comunitários - referentes ao individualismo, à igualdade formal de oportunidades, dentre outros<sup>598</sup> - valores esses que o Estado busca promover em prol do sujeito, mesmo que ele não compartilhe com tais idéias. Em qualquer esfera da vida, sempre haverá um ponto de partida normativo que, queira-se ou não, estabelece uma inevitável influência nas escolhas em face dos valores explícitos ou implícitos nas normas.<sup>599</sup>

Do mesmo modo, não se pode olvidar que a mera maximização de escolhas individuais não garante a preservação da dignidade da pessoa que realiza tais escolhas. Ocorre que nem sempre as pessoas fazem escolhas que vão ao encontro de seu melhor interesse ou que sejam melhores do que aquelas que seriam feitas por terceiros.<sup>600</sup> Em decorrência da ausência da capacidade de funcionar plenamente como pessoa<sup>601</sup>, muitos indivíduos podem tomar decisões e fazer escolhas de vida que lhe tragam conseqüências gravosas. Assim, mesmo que se considere a essencialidade do senso de auto-responsabilidade para a noção de dignidade, uma omissão estatal em se opor aos desígnios individuais e impedir tais condutas

---

<sup>597</sup> Cf. Título I, Cap. II, 1

<sup>598</sup> Cf. Título VI, Cap. I.

<sup>599</sup> SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. **Nudge**: improving decisions about health, wealth and happiness. New Haven: Yale University Press, 2008, introdução. Consoante John Finnis, “a busca de qualquer forma de comunidade humana na qual direitos fundamentais sejam protegidos pela imposição de deveres necessariamente envolverá tanto o acolhimento quanto a rejeição de alguns conceitos de bem comum, e consideráveis restrições nas atividades desde todos”. FINNIS, John. **Natural law and natural rights**, p. 223.

<sup>600</sup> SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. **Nudge**, introdução. No mesmo sentido, observa Will Kymlicka: “Sabemos que algumas pessoas não são preparadas para lidar com as difíceis decisões que a vida requer. Eles erram sobre suas vidas, escolhendo fazer coisas triviais, degradantes e até danosas. Algumas pessoas que atingiram a ‘idade da razão’ e que tem capacidade mental acima do mínimo aceitável, ainda fazem más escolhas sobre como levar suas vidas. Ser um ‘adulto competente’, no sentido de não ter deficiências mentais, não é garantia que ele é bom em fazer algo valioso com sua vida”. KYMILICKA, Will. **Contemporary political philosophy**, cap. 6.

<sup>601</sup> Cf. Título VI, Cap. II, 3.2. Para Paulette Dieterlen, alguém é desprovido de capacidades básicas quando: “ignora elementos relevantes da situação em que tem de atuar; sua força de vontade é tão reduzida ou afetada que não há condições de levar a cabo suas próprias decisões; suas faculdades mentais estão temporária ou permanentemente reduzidas; atua sob coação; aceita a importância de determinado bem, não deseja pô-lo em perigo, e se nega a utilizar os meios necessários para salvaguardá-lo podendo dispor facilmente deles.” DIETERLEN, Paulette. *Paternalismo y Estado de Bienestar*, p. 188.

acaba por se tornar uma desconsideração da própria dignidade daquela pessoa que, caso siga seu desígnio originais, está fadada à perda de autonomia e à marginalização comunitária.<sup>602</sup>

Mesmo aqueles que tiveram acesso a condições básicas de formação e que são considerados plenamente capazes de funcionar na sociedade podem ter seus desígnios restringidos por políticas voltadas a sua própria proteção. Nesse sentido, políticas não prestacionais como a obrigatoriedade do uso de capacetes em motocicletas mesmo para aqueles que pensam não haver sentido na vida se não houver riscos traduzem paternalismo dentro do conceito de Hart de “proteção das pessoas contra elas mesmas”, mas não deixam de ser considerada “uma política pública perfeitamente coerente”.<sup>603</sup>

Ante tais argumentos, vê-se que a simples adjetivação de determinada política prestacional como paternalista não deve implicar sua automática rejeição. O estabelecimento de uma política prestacional que leve em conta valores comunitários, mesmo que contrários ao senso individual daquele que é beneficiário das prestações estatais, é claramente paternalista e, nem por isso, deixa de ser justificável e mesmo aconselhável. Resta saber, então, que formas tais políticas devem assumir, a fim de evitar os aludidos riscos de, ao se buscar a preservação e a promoção da dignidade humana, findar-se por vilipendia-la.

De pronto, convém frisar novamente que os valores externos ao indivíduo que ensejam políticas prestacionais paternalistas devem ser voltados à preservação da dignidade da pessoa humana em sua dupla acepção inerente e social e que tais valores não são aqueles impostos pelo Estado de forma autoritária, refletindo os interesses dos governantes ou de grupos econômicos. Trata-se, como visto, não de valores estatais, mas sim de valores comunitários, que devem ser democraticamente consolidados no contexto social a partir da participação ativa dos diversos segmentos sociais.<sup>604</sup>

---

<sup>602</sup> KYMILICKA, Will. **Contemporary political philosophy**, cap. 6.

<sup>603</sup> HART, H.L.A. **Law, liberty, and morality**. Stanford: Stanford University Press, 2007 (1963), p.31. É importante consignar a discussão acerca de se determinações dessa natureza têm, de fato, natureza paternalista. Isso porque, segundo Gerald Dworkin, se for possível identificar como razão de determinada política a prevenção de danos a terceiros, ela não pode ser caracterizada como paternalista. DWORKIN, Gerald. Defining paternalism. In: COONS, C.; WEBER, M. (ed). **Paternalism**, p. 31. Assim, caso se considere a obrigatoriedade do capacete ou do cinto de segurança como um meio de evitar os custos maiores de tratamento com os acidentados, com evidentes repercussões financeiras para a comunidade, tais políticas não seriam paternalistas. Nesse sentido posiciona-se Ronald Dworkin: “Fazer as pessoas usarem cintos para prevenir ou diminuir ferimentos não é paternalismo (..) pois não é fundacional, e o governo não precisa assumir que viver uma vida perigosa é uma maneira ruim de se viver para justificar medidas que reduzam os custos de acidentes para a comunidade.” DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**, p. 368.

<sup>604</sup> Cf. Título VI, Cap. I, 2. Nesse ponto, Ronald Dworkin diferencia paternalismo de majoritarismo, uma vez que o primeiro não se assenta na imposição da vontade da maioria sobre a minoria, mas na idéia

Cumpra considerar também a existência de diversos tipos de paternalismo. Seguindo a classificação de Cass R. Sunstein, um “paternalismo de fins” fixa-se nos resultados, ao estabelecer, por exemplo, a proibição de consumo de determinada substância prejudicial à saúde. Um “paternalismo de meios”, por sua vez, busca influenciar positiva ou negativamente as escolhas individuais de meios que levem às finalidades buscadas por cada um. Sob outro enfoque, pode-se identificar um “paternalismo duro”, ligado à coação e à imposição de sanções, e um “paternalismo suave”, vinculado a incentivos e persuasão.<sup>605</sup>

Nos termos já fixados, a dignidade humana como padrão deontológico da atividade prestacional do Estado impõe a preservação do auto-respeito e do reconhecimento do sujeito como parte importante da comunidade. Como consequência, determina o respeito à responsabilidade da pessoa sobre os destinos de sua própria vida, garantindo-se, todavia, os elementos materiais necessários como pressupostos para a realização de escolhas livres, conscientes e compatíveis com a igual dignidade dos outros que com ela convivem e dos valores e objetivos da comunidade.

Baseado nisso, evidencia-se que políticas prestacionais que partam de valores voltados à promoção da dignidade – de acordo com o entendimento democraticamente consolidado da comunidade – devem adotar um viés de paternalismo suave e de meios, de modo a restringir ao mínimo a autonomia pessoal e o exercício de direitos individuais. As prestações estatais, pois, não se prestam à garantia externa da dignidade em si mesma, mas sim a sua proteção e promoção dentro de um contexto de indivíduos autônomos, livres e responsáveis pelo seu próprio destino.<sup>606</sup>

Constata-se, assim, que políticas prestacionais paternalistas, embora possam ser absolutamente necessárias para a garantia da dignidade, devem ser compreendidas dentro de um conceito de ajuda para auto-ajuda, razão pela qual devem servir como um “pequeno empurrão” (*nudge*) para que a pessoa siga no rumo compatível com sua própria dignidade e

---

de comunidade solidária. Os valores decorrem de um ambiente ético, “criado organicamente pela decisão de milhões de pessoas com a liberdade de fazer suas próprias escolhas, não por meio de maiorias políticas que imponham suas decisões a todos.” DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**, p. 371; Idem, **Sovereign virtue**, p. 299.

<sup>605</sup> SUNSTEIN, Cass R. The Storrs lectures: behavioral Economics and paternalism. **Yale Law journal**. Forthcoming, nov/2012. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2182619>, p.7.

<sup>606</sup> Nesse sentido, ANDRADE, José Carlos Vieira de. O “direito ao mínimo de existência condigna” como direito fundamental a prestações estaduais positivas – uma decisão singular do Tribunal Constitucional: Anotação ao acórdão do Tribunal Constitucional n. 509/02. **Jurisprudência Constitucional**, n. 1, jan/mar de 2004. Lisboa: **Amic**, 2004, p. 26; SARLET, Ingo W., Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado, p. 566.

com a dignidade no contexto social, preservando-se, todavia, sua liberdade de escolha e responsabilidade pessoal.<sup>607</sup>

---

<sup>607</sup> O conceito de *nudge*, estabelecido por Cass R. Sunstein e Richard Thaler, parte da premissa de compatibilizar condutas paternalistas com a liberdade de escolha. Para esse fim, propõem a fixação de standards iniciais compatíveis com os valores que se deseja incentivar, que, conforme estudos comportamentais que apresentam, tendem a ser seguidos pela maioria das pessoas por inércia. Fixam ainda a idéia de que o paternalismo não pressupõe necessariamente condutas coercitivas, podendo haver a influência sobre as pessoas por meio de incentivos e fixação de uma “estrutura de escolha” (*choice architecture*) que preservem a liberdade de escolha e, ao mesmo tempo, garantam a mínima interferência governamental possível. SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. **Nudge**, passim.

## **TÍTULO VII**

### **ATIVIDADE PRESTACIONAL NA VISÃO DOS TRIBUNAIS**

## I A INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL DOS DIREITOS PRESTACIONAIS

Uma discussão minimamente abrangente da atividade prestacional do Estado e sua relação com a defesa, respeito e promoção da dignidade da pessoa humana em seu sentido amplo não pode deixar de considerar o fato de que a efetividade dos direitos prestacionais não é alcançada meramente pela vigência formal da norma constitucional de direito fundamental. O inevitável confronto entre as já mencionadas limitações impostas pela realidade aos direitos fundamentais prestacionais e a força jurídica da dignidade social como parâmetro deontológico da atividade prestacional estabelece um debate que certamente não se resolve no plano exclusivamente teórico.

Como se sabe, as variáveis materiais inerentes à atividade prestacional fazem com que os direitos fundamentais prestacionais tenham um grande "espaço estrutural" em que há inegável dependência de uma atividade de densificação apta a dar maior consistência ao comando normativo constitucional. Essa densificação, por sua vez, depende de considerações complexas, atinentes a juízos políticos de prognose quanto à forma e o alcance da atividade prestacional do Estado e ainda considerações quanto à afetação de meios materiais e financeiros finitos para esse fim em detrimento de outros objetivos estatais.

Faz-se necessária, assim, a determinação de opções de ação e priorização de objetivos estatais que identifiquem verdadeiros "vetores para a implementação concreta de certas formas de agir do Poder Público".<sup>608</sup> Destarte, a efetivação de direitos fundamentais prestacionais está condicionada à delimitação da própria função administrativa por meio de políticas públicas, definidas como "programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados"<sup>609</sup> Por isso, no campo da atividade prestacional do Estado – mas também no campo dos direitos fundamentais como um todo, as discussões situam-se no limiar entre Direito e Política, na medida em que o processo

---

<sup>608</sup> BUCCI, Maria P. D. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 267.

<sup>609</sup> Ibidem, p. 241. Segue a autora: "As políticas públicas são instrumentos de ação dos governos – *government by policies* que desenvolve e aprimora o *government by law*. A função de governar – o uso do poder coativo do Estado a serviço da coesão social – é o núcleo da idéia de política pública, redirecionando o eixo de organização do governo da lei para as políticas. As políticas são uma evolução em relação à idéia de lei em sentido formal, assim como esta foi uma evolução em relação ao *government by men*, anterior ao constitucionalismo". Ibidem, p. 252.

decisório, tradicionalmente político, fica sujeito à lógica jurídico-constitucional e à idéia de direitos subjetivos.<sup>610</sup>

É nesse contexto que se travam os inevitáveis debates acerca da judiciabilidade das normas de direito fundamental prestacional e da participação do Poder Judiciário na delimitação concreta do conteúdo, extensão e alcance da atividade prestacional do Estado e no controle e determinação das respectivas políticas públicas.

Trata-se, sem dúvidas, de temática extremamente profícua, que dá abertura a uma multiplicidade de abordagens que, se tratadas com a devida profundidade, ensejariam uma investigação autônoma e pelo menos de igual extensão àquela ora pretendida. Há de se consignar, todavia, que a preocupação pragmática que norteia o presente tratamento teórico da atividade prestacional do Estado impõe que os temas subjacentes a essa discussão - notadamente referenciáveis a questões de jurisdição constitucional - sejam tratados apenas incidentalmente, dentro do limite do meramente indispensável à compreensão crítica do tratamento jurisprudencial dado ao tema, observado sob o enfoque metodológico do estudo de casos na perspectiva comparada.

## 1 SUBJETIVAÇÃO DE DIREITOS PRESTACIONAIS E JUDICIABILIDADE

Nos termos da referida teoria do interesse<sup>611</sup>, a existência de meios jurídicos voltados à proteção e à defesa judiciais integra o elemento formal da própria noção de direito subjetivo. Igualmente, ao se tratar do reconhecimento de direitos subjetivos em geral - ou de direitos fundamentais subjetivos em particular - vem sempre à mente a discussão quanto à possibilidade de o titular impor judicialmente seus interesses perante terceiros<sup>612</sup>, numa relação trilateral estabelecida entre o titular, o objeto e o destinatário do direito fundamental.<sup>613</sup> A perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais liga-se diretamente, então, à polêmica questão da judiciabilidade ou justiciabilidade de tais direitos, compreendida como

---

<sup>610</sup> Trata-se do que Gilmar F. Mendes chama de “fenômeno de transmutação”, traduzido na conversão de situações tradicionalmente de natureza política em situações jurídicas pela “juridicização” do processo decisório. MENDES, Gilmar F. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 9.

<sup>611</sup> Cf. Título II, Cap. IV

<sup>612</sup> STERN, Klaus *apud* QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**, p. 143.

<sup>613</sup> Sobre o tema, cf. CANOTILHO, J.J. Gomes, **Direito constitucional e teoria da Constituição**, p. 1176; SARLET, Ingo W., **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 178.

a possibilidade do titular de posição jurídica de vantagem fundada em direito fundamental reclamar perante o Poder Judiciário o cumprimento da obrigação derivada dessa posição.<sup>614</sup>

Antes de se adentrar propriamente na discussão jurisprudencial acerca da delimitação desse papel do Poder Judiciário no campo da concretização de direitos fundamentais prestacionais, cumpre, porém, ressaltar a relação entre judiciabilidade e o reconhecimento de determinada posição do particular como direito fundamental subjetivo.

Dentro de uma ótica civilista clássica, de inspiração no direito romano, o *jus actionis* era inexoravelmente atrelado ao direito subjetivo material. Para Savigny, por exemplo, o direito subjetivo não existiria sem que houvesse a possibilidade de ação judicial.<sup>615</sup> Clóvis Beviláqua, por sua vez, entendia a ação como parte constitutiva do direito subjetivo, pois ela seria o “próprio direito em atitude defensiva”.<sup>616</sup> Nesses termos, pois, não haveria ação sem direito, nem direito sem ação que o assegure.<sup>617</sup>

No campo do direito público, a mesma posição é adotada por Hans Kelsen, para quem o verdadeiro direito subjetivo somente existe quando ao particular conta com a possibilidade de recorrer ao sistema judicial para imposição de sanção decorrente do descumprimento da obrigação.<sup>618</sup> Assim, de acordo com Kelsen, a titularidade de um direito subjetivo implica necessariamente o “poder de participar na criação de uma norma jurídica individual por intermédio de uma ação específica em justiça, designadamente através de reclamação ou queixa”.<sup>619</sup>

Na mesma linha, observa Jorge Reis Novais que é o reconhecimento da possibilidade de o indivíduo exigir judicialmente o cumprimento de um dever jurídico do Estado que permite identificar um direito fundamental de natureza subjetiva, uma vez que, abstraída essa característica, restaria apenas o já aludido dever estatal de tutela de direitos

---

<sup>614</sup> No contexto dos direitos sociais, Christian Courtis define a judiciabilidade como "possibilidade de pessoas que se consideram vítimas de violações a esses ajuizarem demandas perante uma autoridade imparcial e requererem remédios legais ou reparação adequados em face de uma violação ou ameaça de violação a esses direitos. COURTIS, Christian. Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010, p. 487.

<sup>615</sup> AMARAL, Moacyr. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1995. V.1, p. 150.

<sup>616</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 9ª ed. V. 1. São Paulo, 1951, p. 335.

<sup>617</sup> CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 265.

<sup>618</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**, p. 280.

<sup>619</sup> QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**, p. 148,



fundamentais, abrangido para perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.<sup>620</sup> Para Ingo W. Sarlet, os direitos fundamentais subjetivos fariam referência à “possibilidade que tem o seu titular (considerado como tal a pessoa individual ou ente coletivo a quem é atribuído) de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão”.<sup>621</sup>

Contudo, há de se observar que a judiciabilidade não é da essência do direito subjetivo. No âmbito da análise dos direitos fundamentais como direitos subjetivos<sup>622</sup>, Robert Alexy pondera que a judiciabilidade é apenas um dos aspectos da noção de direito subjetivo, e que ele pode existir com posição jurídica (sujeito “x” tem direito a “G”) sem que necessariamente haja possibilidade de demanda judicial (sujeito “x” pode reclamar a violação de seu direito “G” por meio de uma ação).<sup>623</sup> O direito não se constitui a partir da existência de uma vantagem efetivamente garantida por meio de uma ação judicial, sendo a relação entre imposição judicial e a existência de um direito subjetivo meramente contingente.<sup>624</sup>

Nesses termos, os enunciados sobre as finalidades e razões do direito e aqueles que lhe atribuem mecanismos de proteção são alheios ao enunciado sobre o direito em si mesmo. A existência de mecanismos protetivos de um direito, tal qual uma eventual previsão expressa de judiciabilidade, representam um direito autônomo, qual seja, a competência para constituir uma nova posição jurídica.

---

<sup>620</sup> Nas palavras do próprio autor: “é, com efeito, o reconhecimento da possibilidade de o indivíduo poder exigir ou ver judicialmente sancionado o cumprimento do dever jurídico a que o Estado está obrigado que, do ponto de vista do particular, acrescenta algo àquilo que resultava já da dimensão objetiva do direito fundamental, ou seja, no essencial, à existência objectiva do próprio dever imposto ao Estado pela norma de direito fundamental. (...) Só quando o particular tem a faculdade de poder acionar a respectiva concretização em termos de prossecução de um interesse próprio, autónomo, e individualizado é que, verdadeiramente, a garantia jurídica proporcionada pelo direito fundamental se revela, para ele, na plenitude de sua dimensão subjetiva.” NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**, p. 99/102.

<sup>621</sup> SARLET, Ingo W., **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 179. Tal concepção é interessante, pois tem o cuidado de abranger também a existência de direitos fundamentais subjetivos de pessoas coletivas, com o que concordamos. Em síntese, vemos que, à parte dos direitos de referência nitidamente humana (vida, liberdade física, etc.), os entes coletivos podem gozar de direitos fundamentais, havendo mesmo quem destaque que haveria direitos fundamentais exclusivos dela, como o direito de antena. Nesse sentido, cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, p. 420 e ss. Mesmo quem discorda da atribuição teórica de direitos fundamentais à pessoas coletivas acaba por aceitá-la na prática, ao atribuir sua titularidade quando sejam voltados a garantir o livre desenvolvimento do homem e a proteção da dignidade da pessoa humana individual. Nesse sentido, ANDRADE, José Carlos Vieira de, **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976.**, p. 124 e ss.

<sup>622</sup> Cf. Título II, Cap. IV.

<sup>623</sup> ALEXY, Robert, **A theory of constitutional rights**, p. 116.

<sup>624</sup> Ibidem, p. 117.

Destarte, dizer que há direito subjetivo é dizer que algo é juridicamente devido ou compete a um indivíduo, “podendo esse algo ser preenchido com direitos de diferente natureza, consistência ou grau de exigibilidade”.<sup>625</sup> Além disso, a partir das mencionadas noções de direito subjetivo sob o domínio da vontade, observa-se que, mesmo quando há possibilidade de ação, o titular de um direito subjetivo, mesmo fundado em direito fundamental, pode escolher não ajuizá-la, de acordo com sua livre escolha.<sup>626</sup> Ao mesmo tempo, a mera possibilidade de ajuizamento não assegura a real existência de um direito fundamental subjetivo em face do Estado, diante da evidente existência de possibilidade de improcedência da demanda. Logo, a judiciabilidade diz respeito apenas à garantia ou segurança de um direito, mas não a sua essência, que reside no aludido conceito de relação jurídica.

O difundido princípio de proteção plena e efetiva dos particulares perante o Estado por meio do amplo acesso ao Poder Judiciário<sup>627</sup>, outrossim, estabelece ao particular a possibilidade de simplesmente alegar a existência de um direito fundamental subjetivo frente ao Estado para que sua irrisignação seja objeto de apreciação judicial, razão pela qual a judiciabilidade deve ser considerada não como uma condição ou um pressuposto de existência de um direito fundamental subjetivo público, mas, de fato, como consequência de sua (possível) existência.<sup>628</sup>

Destaque-se também que o debate sobre a subjetivação e judiciabilidade dos direitos prestacionais não necessita, em regra, de argumentação quanto à judiciabilidade de direitos fundamentais subjetivos decorrentes diretamente da Constituição, compreendidos como direitos de prestação originários (*originäre Teilhaberechte*). Consoante se afirmou antes<sup>629</sup>, as normas legais disciplinando atividades prestacionais existem freqüentemente até mesmo em

---

<sup>625</sup> LARENZ, K., apud NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**, p. 102.

<sup>626</sup> HART, H.L.A. apud ALEXY, Robert, **A theory of constitutional rights**, p. 116.

<sup>627</sup> BACHOF, Otto apud SILVA, Vasco Pereira da, **Em busca do acto administrativo perdido**, p. 116. Apenas para mencionar alguns exemplos, a Lei Fundamental da Alemanha prevê que a qualquer pessoa que tenha seu direito violado por autoridade pública deve ser garantido o acesso a tribunal (art. 19, n. 4, GG). A Constituição de Portugal garante tutela jurisdicional efetiva aos particulares afetados por atos administrados lesivos (art. 268, n. 4, CRP). No Brasil, a Constituição Federal estabelece não somente um acesso geral ao Poder Judiciário como direito fundamental autônomo (art. 5º, XXXV, CF/88), mas também prevê instrumento processual próprio (mandado de segurança) para proteger direitos afetados por ilegalidade ou abuso de poder cometido por agentes públicos (art. 5º, LXIX, CF/88), independentemente de sua vinculação a direitos fundamentais.

<sup>628</sup> BACHOF, Otto apud SILVA, Vasco Pereira da, **Em busca do acto administrativo perdido**, p. 228

<sup>629</sup> Cf. Título III, Cap. III, 3.

profusão, concentrando-se o debate judicial usualmente na efetivação de prestações estatais derivadas de opções legislativas já realizadas.<sup>630</sup>

É indispensável frisar, por fim, que a recusa em se aceitar a judiciabilidade como pressuposto de existência de um direito fundamental subjetivo público não implica qualquer diminuição da importância da atividade judicial na concretização dos direitos fundamentais. Conforme a já assinalada evolução da teoria do status para o reconhecimento de um status *activus processualis*<sup>631</sup> - voltado justamente a realizar e garantir a efetivação processual dos direitos fundamentais - pode-se considerar atualmente o próprio direito a uma tutela jurisdicional efetiva e prestada em tempo razoável como categoria de direito fundamental subjetivo.<sup>632</sup>

Ademais disso, do ponto de vista prático, o exame das possibilidades de atuação do Poder Judiciário na efetivação de políticas prestacionais estatais é imprescindível para a apreciação da recorrente atividade judicial de concretização de direitos fundamentais prestacionais.

## 2 O ESTUDO DE CASO NA PERSPECTIVA COMPARADA

O debate acerca do papel da dignidade da pessoa humana na atividade prestacional do Estado não se mostra completo sem que se busque uma convergência entre os referenciais teóricos estabelecidos dentro do contexto do "dever ser" e a realidade, traduzida a partir da avaliação de como a temática é tratada no cotidiano forense.

---

<sup>630</sup> Nesse sentido, cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. p. 374; KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo W. (org.) **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 25-60.

<sup>631</sup> Sobre o tema, cf. HÄBERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição**. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1997.

<sup>632</sup> Nesse sentido, vale lembrar que Convenção Européia dos Direitos do Homem prevê o direito subjetivo à razoável duração do processo (art. 6, n. 1), que prevê competência da Corte Européia para apreciar questões relativas a sua interpretação e aplicação (art. 32). Os ordenamentos constitucionais de diversos países também trazem previsão nesse sentido, nos termos do que dispõe, por exemplo, as Constituições de Portugal (art. 20, n. 4), da Itália (art. 111, n. 2), do México (art. 17) e do Brasil (art. 5º, LXXVIII). Sobre o tema, cf. ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

Já lembrava Ihering que “o Direito existe para a sua realização; a realização é a vida e a verdade do Direito; ela é o próprio Direito.”<sup>633</sup> Ao destacar o Direito como um saber essencialmente prático e voltado à realização, aponta Castanheira Neves que é a utilidade prática do saber jurídico que demonstra sua veracidade técnica, uma vez que “difícilmente pode ser verdadeiro algo que não serve para nada”.<sup>634</sup> Por isso, o mesmo autor afirma “o poder judicial, a função judicial ou (...) a jurisdição (...) [como] um tema e um problema centrais no universo jurídico dos nossos dias”.<sup>635</sup>

O estudo do Direito é, assim, indissociável da preocupação com as consequências das previsões normativas na realidade concreta, de sua efetividade social. Daí a importância do estudo jurisprudencial para a devida compreensão das dimensões axiológica e normativa da atividade prestacional do Estado, que não se resolve, vale repetir, pela mera técnica de subsunção formal e abstrata de uma concepção pré-determinada da norma à situação fática.

Em regra, nos países adeptos da tradição civilista (*civil law*) os estudos jurídicos baseiam-se numa dogmática exegetico-aforismática, cuja referência única é o direito legislado.<sup>636</sup> Neste título, contudo, embora não se abandone de todo esse método, o exame de casos aparece como material empírico que serve como foco central para a apreciação da atividade prestacional do Estado.

---

<sup>633</sup> IHERING, Rudolph *apud* CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica**. Coimbra: Coimbra Ed., 2003, p. 346-347.

<sup>634</sup> Idem. **A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia**: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. p. 8. Ainda sobre a importância da realidade prática no estudo do Direito, cf. HERVADA, Javier *et al.* Porque existe a arte do direito. In **Direito: Guia Universitário**. Porto: Universidade do Porto, Capítulo II, s.d.; BASTOS, Aurélio Wander. **O ensino jurídico no Brasil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

<sup>635</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. **Digesta**: Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. 3. Coimbra: Coimbra Ed., 2010, p. 161.

<sup>636</sup> Segundo obra clássica de René David, a família do *civil law* “agrupa os países nos quais a ciência do direito se formou sobre a base do direito romano. As regras de direito são concebidas nestes países como sendo regras de conduta, estreitamente ligadas a preocupações de justiça e de moral. Determinar quais dever ser estas regras é a tarefa essencial da ciência do direito; absorvida por esta tarefa, a “doutrina” pouco se interessa pela aplicação do direito que é assunto para os práticos do direito e da administração. A partir do século XIX, um papel importante foi atribuído, na família romano-germânica, à lei; os diversos países pertencentes a esta família dotaram-se de códigos”. DAVID, René. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. 3. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1996, p. 17-18. A tradição da *common law*, em contrapartida, firma-se fundamentalmente num sistema de respeito obrigatório aos precedentes judiciais, sejam eles interpretados como constitutivos ou meramente declaratórios do sistema jurídico vigente. Sobre o papel da jurisdição no sistema da *common law* e, tema que foge aos limites deste estudo, cf. BENETTI, Sidnei Agostinho. Doutrina de precedentes e organização judiciária. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Atlas, set/dez 2007, p. 318-340; EDLIN, Douglas E. (ed.). **Common Law theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007; MARINONI, Luiz G. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paul: RT, 2012, cap. 1; TUSHNET, Mark. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos. **Revista de processo**. Ano 38, vol. 218, abril/2013, p. 99-110.

A avaliação de questões jurídicas a partir do exame de precedentes jurisprudenciais não é nova, tendo sido desenvolvido por Christopher Columbus Langdell ainda nos fins do século XIX na Universidade de Direito de Harvard<sup>637</sup> e posteriormente se disseminado por uma série de outras instituições<sup>638</sup>. Atualmente, o método de estudos de caso (*case method*) é o sistema pedagógico preferencial não somente das universidades de Direito dos países da *common law*, mas também de várias instituições de ensino não jurídico.

De acordo com Langdell, o estudo do Direito deveria ocorrer exatamente nos mesmos moldes das ciências naturais, cujas técnicas laboratoriais consistem, essencialmente, na possibilidade de provocar e controlar fenômenos para, a partir de sua observação e experimentação, construírem-se indutivamente as generalizações.<sup>639</sup> Os precedentes jurisprudenciais seriam, pois, os “espécimes” da ciência jurídica, a partir do qual os princípios gerais deveriam ser induzidos. Nas palavras de Edward H. Levi, “o padrão básico do raciocínio jurídico é o raciocínio por meio de exemplos (...). Achar semelhanças ou diferenças é a chave do processo jurídico”.<sup>640</sup> As leis locais podem variar, mas o conhecimento dos princípios nos quais elas são baseadas permitiria ao jurista a compreensão e aplicação dessas leis<sup>641</sup>. O indispensável conhecimento desses princípios, por sua vez, somente seria totalmente atingido por via de sua indução a partir da observação de sua concretização nas decisões judiciais. O estudo de casos jurisprudenciais, portanto, dá ensejo ao contato com dilemas e questionamentos enfrentados na realidade fática dos tribunais.

Desse modo, não é somente possível entender as soluções encontrada pela jurisprudência para um determinado problema, à luz do ordenamento jurídico aplicável. Possibilita-se também o exame e a síntese das diversas orientações defendidas, a fim de apurar a existência eventual de padrões e moldar um possível modelo crítico e lógico de solução dos problemas semelhantes no futuro. Com efeito, esse método retoma a essência do

---

<sup>637</sup> GARVIN, David A. Making the case: professional education for the world of practice. **Harvard magazine**, Vol. 106, n. 1, Sept./Oct. 2003, p. 58-59.

<sup>638</sup> Interessante observar que mudança de paradigma semelhante já havia sido proposta no Brasil por Joaquim Vilela, ao discutir reformas nos cursos de Direito em São Paulo e Olinda em 1851, ao exortar: “distribuem-se casos jurídicos para serem analisados e discutidos. Debatam-se nas aulas as decisões judiciárias sobre a matéria de cada cadeira, desenvolvendo nos alunos o talento crítico, a precisão das investigações, o desembaraço nos argumentos, o destemor das autoridades, a confiança no seu próprio talento”. *Apud* VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Das Arcadas ao bacharelismo**: 150 anos de ensino jurídico no Brasil. 2ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2004, p. 64.

<sup>639</sup> Cf. STEVENS, Robert. **Law School**: Legal Education in America from the 1850s to the 1950s. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 1987.

<sup>640</sup> LEVI, Edward H. **An introduction to legal reasoning**. Chicago: University of Chicago Press, 1949, p. 1-2, *apud* GARVIN, David A. Making the case. **Harvard Magazine**, p. 59.

<sup>641</sup> *Ibidem*, p. 56-65.

Direito como instrumento de solução de conflitos e de promoção de paz social, e valoriza o raciocínio lógico e crítico voltado para esse fim. A problematização dos conhecimentos em contato com a realidade permite a reflexão crítica do *status quo* em face de possíveis alternativas encontradas. Além disso, vai ao encontro da almejada superação da tradicional dicotomia entre os que *falam* sobre o Direito e os que *usam* o Direito<sup>642</sup>.

Acrescente-se que o método de estudo de casos, neste ponto, realiza-se dentro de uma perspectiva comparada, uma vez que o atual nível de integração internacional não permite ao jurista o estudo restrito às fronteiras de seu próprio Estado.<sup>643</sup>

Dentro do modelo teórico contemporâneo de Estado Constitucional Democrático de Direito - cujo fundamento encontra-se em valores comuns consagrados constitucionalmente<sup>644</sup> - pode-se afirmar, em consonância com Peter Häberle, que o elemento cultural mostra-se indissociável da teoria constitucional. Por isso, não se pode dispensar uma aproximação internacional por meio de uma cooperação econômica, social e política voltada ao aperfeiçoamento do Estado em consonância com a premissa antropológica da dignidade da pessoa humana.<sup>645</sup>

Nesse quadro – e relembando o contexto da hermenêutica concretista – destaca Häberle que uma “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”<sup>646</sup> somente pode ser

---

<sup>642</sup> CARRIÓ, G. **Cómo estudiar y cómo argumentar un caso**: consejos elementales para abogados jóvenes. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999, p. 28.

<sup>643</sup> Consoante Jorge Miranda, "as causas gerais do desenvolvimento contemporâneo do direito comparado estão ligadas (...) [a]o incremento das relações internacionais e da circulação de pessoas e bens". MIRANDA, Jorge. Sobre o direito constitucional comparado. **Revista de direito constitucional e internacional**. Ano 14, n. 55, abril/jun, 2006, p. 248.

<sup>644</sup> Cf. Título III, Cap. I, 4.

<sup>645</sup> Nessa orientação, fixa Peter Häberle a existência do modelo teórico do “Estado Constitucional Cooperativo”, desenvolvido com base em preceitos de democracia, divisão de funções e direitos fundamentais. Segundo o autor, os direitos fundamentais necessariamente remetem o Estado e seus cidadãos a outros Estados e cidadãos, de modo que o Estado Cooperativo sustenta-se na internacionalização da sociedade, na opinião pública mundial, na política e na legitimação externas. HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 2-5/18-19.

<sup>646</sup> O tema constitui a tese central de sua obra “**Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição”, na qual Peter Häberle defende uma noção de sociedade aberta como aquela que compreende a participação, direta ou indireta, dos agentes sociais no processo hermenêutico, cabendo aos mesmos tanto a função de intérprete como a de destinatário. O referido autor expõe a idéia nos seguintes termos: “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição (...) Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos ‘vinculados às corporações’ (*Ziinflamässige Interpreten*) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa

assim qualificada quando também for uma sociedade aberta internacionalmente. Daí decorre a defesa do método comparativo como elemento indispensável de interpretação das normas jurídicas<sup>647</sup>, notadamente no âmbito de interpretação constitucional.

A comparação constitucional como marco metodológico permite que, uma vez consideradas as peculiaridades culturais locais, as diversas constituições nacionais comuniquem-se entre si. Com isso, estimula-se o incremento da análise crítica do ordenamento jurídico interno ao ensejar o conhecimento de experiências estrangeiras a serem seguidas (ou evitadas), permitindo a obtenção de um “direito comum de cooperação” que promova uma maior efetividade constitucional, especialmente relevante no desenvolvimento da proteção de direitos fundamentais.<sup>648</sup>

Tal posição, todavia, certamente não é pacífica. A utilização do método comparado encontra especial resistência no campo do direito público, que, historicamente, sempre esteve ligado à idéia de ordenamento de organização da Administração Pública, de natureza essencialmente nacional.<sup>649</sup> Congruente com tal orientação, é interessante notar o debate norte-americano sobre o tema. Embora as referências da Suprema Corte dos EUA ao direito estrangeiro sejam tradicionalmente modestas<sup>650</sup>, seu uso mais recente vem sendo objeto de veemente reprovação por alguns juízes.

---

sociedade (*weil Verfassungsinterpretation diese offene Gesellschaft immer von neuem mitkonstituiert und von ihr konstituiert wird*). Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade. (...) Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da constituição.” HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 13/15.

<sup>647</sup> O método comparativo seria considerado o quinto elemento de interpretação das normas jurídicas, acrescentado aos clássicos métodos gramatical, histórico, teleológico e sistemático propostos por Savigny. SEGADO, Francisco Fernández apud HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**, p. XLIII. Nas palavras do próprio Häberle, “sem importar o que se pensa da sucessão dos métodos tradicional de interpretação, no Estado Constitucional de nossa etapa evolutiva a comparação dos direitos fundamentais convertem-se no ‘quinto’ e indispensável método de interpretação.” HÄBERLE, Peter, **El Estado constitucional**, p. 162.

<sup>648</sup> SEGADO, Francisco Fernández apud HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**, p. XLIII; HÄBERLE, Peter, **El Estado constitucional**, p. 164-165.

<sup>649</sup> Na visão clássica de Otto Mayer, por exemplo, o poder público nacional seria o senhor do seu próprio domínio, com a exclusão de qualquer outro. MAYER, Otto. **Le droit administratif allemande**. Paris, Giard-Brière, 1906, p. 354. Convém lembrar, entretanto, que nessa obra, o autor alemão constrói seu raciocínio por meio da utilização de aportes do direito administrativo francês, cujo desenvolvimento científico era o mais avançado à época.

<sup>650</sup> SLAUGHTER, Anne-Marie. **A new world order**. Princeton: Princeton University Press, 2004, *passim*.

No caso *Printz v. United States*<sup>651</sup> - no qual se travava debate referente ao federalismo no contexto da fixação de controle nacional de armas de fogo - o uso de elementos do direito suíço, alemão e europeu pelos juízes Breyer e Stevens<sup>652</sup> é expressamente rejeitado pelo juiz Scalia, ao afirmar expressamente que uma “análise comparativa dessa natureza é inapropriada para a função de interpretação de uma constituição, apesar de ter sido claramente bastante relevante na função de escrever uma.”<sup>653</sup> No precedente *Lawrence v. Texas*<sup>654</sup> – referente ao debate acerca da criminalização da sodomia no Texas - o recurso da opinião majoritária à jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos<sup>655</sup> foi mais uma vez rechaçado pelo juiz Scalia, que, acompanhado pelos juízes Rehnquist e Thomas, afirma que “a discussão da Corte acerca de visões estrangeiras (...) é *dicta* sem significação. Na verdade, é *dicta* perigosa, uma vez que essa Corte (...) não deve impor aos americanos humores ou modas estrangeiras”.<sup>656</sup>

Apesar das resistências, esse movimento de “constitucionalismo global”, “diálogo constitucional”, “comparatismo constitucional” - ou qualquer que seja a denominação

---

<sup>651</sup> 521 US 898, (1997). Disponível em: <http://supreme.justia.com>

<sup>652</sup> No debate acerca do método comparativo na Suprema Corte norte-americana, seriam favoráveis ao seu uso os juízes Breyer, Stevens, O'Connor e Ginsburg. CARDOSO, Gustavo V. O direito comparado na jurisdição constitucional. **Revista Direito GV**, n. 6, São Paulo, jul/dez, 2010, p. 454. Nesse sentido, vale destacar a posição da juíza Sandra Day O'Connor: “penso que eu e outros juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos deveríamos olhar com mais frequência para decisões de outras cortes constitucionais. Algumas delas, como as cortes alemã e italiana, vem funcionando desde o fim da última Guerra Mundial. Elas têm lutado com as mesmas questões constitucionais fundamentais com as quais nós temos lidado: proteção isonômica, devido processo legal e *rule of law* nas democracias constitucionais. Outras, como a corte da África do Sul, são relativamente novas em cena, mas já se entrincheiraram como garantidoras dos direitos civis. Todos esses tribunais têm algo a nos ensinar sobre as funções civilizadoras do Direito Constitucional”. O'CONNOR, Sandra D. *apud* JACKSON, Vick G. Ambivalent resistance and comparative constitutionalism: opening up the conversation on “proportionality” rights and federalism. **Journal of Constitutional Law**. v. 1, n. 3, p. 583-639, 1999. p. 638-639. Disponível em: <http://scholarship.law.upenn.edu/jcl/vol1/iss3/4>.

<sup>653</sup> 521 US 898, (1997), 921.

<sup>654</sup> 539 U.S. 558 (2003). Disponível em: <http://supreme.justia.com>

<sup>655</sup> 539 U.S. 558 (2003), 576.

<sup>656</sup> 539 U.S. 558 (2003), 598. No âmbito doutrinário, essa idéia é traduzida por Richard Posner. Cf. POSNER, Richard Posner. No thanks, we already have our own laws: the court should never view a foreign legal decision as a precedent in any way. **Legal Affairs**, jul/ago, 2004. Disponível em: [http://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature\\_posner\\_julaug04.msp](http://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature_posner_julaug04.msp). Destaque-se ainda que o uso da metódica comparativa pela Suprema Corte norte-americana deu ensejo a reações também no âmbito legislativo, por meio de proposições como o “Reaffirmation of American Independence Act” (H.R.Res. 97, 109th Congr. 2005) e o “Constitution Restoration Act” (S.520, 109th Congr. 2005 e H.R. 1070, 109th Congr. 2005), que não somente veda o uso de precedentes estrangeiros como chega a prever até o impeachment do juiz no caso de descumprimento. CARDOSO, Gustavo V. O direito comparado na jurisdição constitucional. **Revista Direito GV**, p. 454.



escolhida para o recurso a estudos comparados no campo constitucional<sup>657</sup> - é tendência que já vem sendo sentida de forma marcante na própria atividade judicante das cortes constitucionais, com o crescente uso de jurisprudência estrangeira na fundamentação de seus julgados.

O mais marcante exemplo nesse sentido é o Tribunal Constitucional da África do Sul (TCAF), que faz habitual uso de julgados estrangeiros como fundamento das suas decisões, valendo-se do direito estrangeiro como verdadeiro elemento de integração do direito nacional<sup>658</sup>, até mesmo porque a Constituição daquele país prevê expressamente que os tribunais, ao interpretarem direitos fundamentais, “podem considerar o direito estrangeiro” (Seção 39, § 1º, “c”).

Em Portugal, embora não haja disposição constitucional equivalente, o Tribunal Constitucional (TCP) tem uma linha favorável à utilização do argumento comparado, quer pela atualização freqüente da doutrina portuguesa à luz do direito estrangeiro<sup>659</sup>, quer pela própria natureza do ordenamento português, tido como “poroso e particularmente exposto aos influxos externos”.<sup>660</sup>

O caso do Acórdão n. 479/94 – que tratava da obrigatoriedade do porte de documento de identificação – é exemplo claro do uso extensivo do método comparativo, ao afirmar ser “conveniente, numa perspectiva de aferimento de realidades jurídico-sociais inscritas num espaço geográfico e cultural tão próximo daquele em que nos achamos inseridos, tomar conhecimento dos regimes vigentes em matéria de documentos de identificação e seu controlo em alguns países europeus”.<sup>661</sup> O mesmo ocorre no Acórdão n. 288/98 – que tratava de referendo acerca da interrupção voluntária da gravidez – em que o

---

<sup>657</sup> Para além dos termos mencionados, Christa Rautenbach e Lourens du Plessis enumeram ainda o uso pela doutrina de expressões como “transjudicialismo”, “comunicação transjudicial”, “diálogo constitucionalista”, “globalização judicial”, “fertilização constitucional cruzada”, “contextualização transnacional”, “globalização de julgamento”, “globalização de cortes nacionais”, “empréstimo constitucional”, e “comparativismo judicial”. RAUTENBACH, Christa; PLESSIS, Lourens Du. In the name of comparative constitutional jurisprudence: the consideration of German precedents by South African Constitutional Court judges. **German Law Journal**, vol. 4, n. 8, ago/2013, p. 1539-1540.

<sup>658</sup> MARKESINIS, Basil; FEDTKE, Joerg. **Judicial recourse to Foreign Law: A new source of Inspiration?** New York: Routledge, 2006. p. 23. Sobre o recurso específico à jurisprudência alemã na África do Sul, cf. RAUTENBACH, Christa; PLESSIS, Lourens Du. In the name of comparative constitutional jurisprudence: the consideration of German precedents by South African Constitutional Court judges. **German Law Journal**, vol. 4, n. 8, ago/2013.

<sup>659</sup> CARDOSO, Gustavo V. O direito comparado na jurisdição constitucional. **Revista Direito GV**, p. 488.

<sup>660</sup> ORRÚ, Romano. La giustizia costituzionale e il paradigma comparato: l'esperienza portoghese. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Vol. 47, n. 1-2, 2006, p. 290.

<sup>661</sup> Acórdão n. 479/94. Disponível em: [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

TCP faz referência ao acerca do aborto em vários países europeus<sup>662</sup> e no Acórdão n. 589/2004 – que cuidava de questões referentes à liberdade de associação – na qual o TCP faz menção a normas dos mais diversos ordenamentos jurídicos sobre o tema<sup>663</sup>, apenas para mencionar alguns exemplos. Assim, pode-se afirmar que o método comparativo – notadamente à luz de normas constitucionais de outros países europeus e, em especial, do direito alemão<sup>664</sup> – é utilizado pela jurisprudência portuguesa como “um meio para melhor compreensão das questões e das normas em exame e também como caminho para aprimorar a qualidade das suas próprias decisões”.<sup>665</sup>

Historicamente, aliás, o recurso ao uso de direito estrangeiro em Portugal remonta ao período pombalino, uma vez que a chamada “Lei da Boa Razão, de 1769, já determinava que “nas leis políticas, econômicas, mercantis e marítimas (...) que se recorra antes em caso de necessidade ao subsídio próximo das sobreditas Leis das Nações Cristãs iluminadas, e polidas (...); do que ir buscar sem boas razões, ou sem razão digna de atender-se, depois de mais de dezessete séculos o socorro às Leis de uns Gentios”.<sup>666</sup>

Essa origem histórica aproveita também ao exame do método comparado no contexto brasileiro<sup>667</sup>, sendo também usual pelo Supremo Tribunal Federal (STF) do Brasil a utilização de precedentes estrangeiros.

Apesar corriqueiramente ter emprego a título predominantemente ilustrativo, a jurisprudência estrangeira foi elemento essencial na fundamentação do denominado Caso Ellwger<sup>668</sup>, oportunidade em que a discussão acerca da configuração do crime de racismo operou-se com base em detida análise de julgados norte-americanos e alemães sobre o tema. Pode-se mencionar ainda o profuso uso do método comparativo no julgamento do uso de

---

<sup>662</sup> Acórdão n. 288/98. Disponível em: [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

<sup>663</sup> Acórdão n. 589/2004. Disponível em: [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

<sup>664</sup> No acórdão n. 607/2003 – referente ao tema da segregação cautelar – o TCP é expresso ao afirmar que “considera-se não ser despidendo dedicar alguma atenção ao tratamento jurisprudencial e dogmático que os casos diários mereceram na Alemanha, referindo-se em particular a discussão do problema no âmbito da jurisdição constitucional germânica, dado reconhecer-se, com fundamento, a ‘afirmação da proximidade’ ou ‘a sobreposição substancial’ entre o direito português e o alemão”. Acórdão n. 607/2003. Disponível em: [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

<sup>665</sup> CARDOSO, Gustavo V. O direito comparado na jurisdição constitucional. **Revista Direito GV**, p. 475.

<sup>666</sup> Lei da Boa Razão, de 18 de agosto de 1769. Disponível em: [www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/acs\\_MA\\_1912.doc](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/acs_MA_1912.doc)

<sup>667</sup> Da mesma forma, a Justiça Federal brasileira, em suas origens, era expressamente vinculada por lei à aplicação subsidiária dos “estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na República dos Estados Unidos da América do Norte, os casos de *common law* e *equity*”. Art. 386, Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/decreto/1851-1899/D848.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/decreto/1851-1899/D848.htm)

<sup>668</sup> HC 82424 (2004). Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

células-tronco embrionárias<sup>669</sup> - na qual se faz menção à regulação da matéria em mais de vinte ordenamentos estrangeiros, na apreciação da união homoafetiva<sup>670</sup>, com freqüente menção de direito norte-americano e na discussão acerca do aborto de fetos anencéfalos<sup>671</sup>, no qual se expõe o entendimento de diversas cortes européias sobre o tema.

Esses exemplos demonstram que, além da doutrina, também o Poder Judiciário vem buscando aportes estrangeiros para encontrar soluções adequadas e funcionais para os problemas que lhe ocorrem, razão pela qual não se pode abrir mão desse instrumento no exame da atividade prestacional do Estado e sua relação com a dignidade da pessoa humana.

---

<sup>669</sup> ADI 3510 (2010). Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

<sup>670</sup> ADI 4277 (2011); ADPF 132 (2011). Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

<sup>671</sup> ADPF 54 (2012) Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

## II A ATIVIDADE PRESTACIONAL NO PANORAMA JURISPRUDENCIAL COMPARADO

O uso do método comparativo no campo prestacional do Estado faz possível delinear os diversos modos de tratamento do tema, definir alguns parâmetros e até identificar, dentre a diversidade de tradições jurídicas e culturais, eventuais constantes gerais que possam ser aplicadas dentro de determinado ordenamento jurídico nacional.

Todavia, a busca de aportes jurisprudenciais estrangeiros para encontrar paradigmas adequados e soluções funcionais no campo da atividade prestacional social do Estado é, sem dúvida, tarefa bastante complexa<sup>672</sup>, pois não se pode apenas “pegar emprestados” determinados posicionamentos sem ter o cuidado de saber como as idéias se transformam quando cruzam as fronteiras.<sup>673</sup> Antes de se iniciar propriamente essa difícil missão, contudo, convém esclarecer os critérios considerados para a seleção dos países e dos julgados que servem como matéria de discussão e comparação.

Há diversos métodos de abordagem possíveis quando da realização de um estudo científico de natureza comparativa. O método mais freqüente é o chamado universalismo normativo<sup>674</sup>, pelo qual se comparam sistemas jurídicos que têm princípios e institutos jurídicos comuns, a fim de saber como cada ordenamento jurídico trata o mesmo tema central. Ao se fazer a comparação no campo normativo, é natural que, quanto maiores forem as confluências entre os sistemas em consideração, mais rica seja a comparação entre as normas e os princípios previstos nos ordenamentos considerados.<sup>675</sup> É também comum que sejam estudados apenas os países de maior influência doutrinária em determinado no campo jurídico.

Todavia, esse método apresenta sérios problemas. Por exemplo, ao confinar as observações a países da mesma tradição ou “família jurídica” do país de referência, o universalismo normativo deixa de lado importantes desenvolvimentos porventura existentes sobre o tema estudado em países de tradição diversa. Além disso, nos dias de hoje, são

---

<sup>672</sup> Há quem defenda mesmo que comparações significativas no campo jurídico seriam impossíveis, pois o direito somente poderia ser entendido na perspectiva interna. Nesse sentido, cf. WATSON, Alan. **Legal transplants: an approach to comparative law**, 2ª. Ed. University of Georgia Press, 1993, p. 4 e ss.

<sup>673</sup> TUSHNET, Mark., **Weak courts, strong rights**, p. 15.

<sup>674</sup> Sobre o universalismo normativo no campo do direito comparado, cf. DODEK, Adam M., A Tale of two maps: the limits of universalism in comparative judicial review. (May 2008). **CLPE Research Paper** n. 14/2008; TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights**, p. 5.

<sup>675</sup> DANNEMANN, Gerhard. Comparative law: study of similarities or differences. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (org). **The Oxford handbook of comparative law.**, p. 408.

padrões supranacionais que desempenham o papel essencial tanto na orientação da conduta administrativa quanto na formação dos posicionamentos jurisprudenciais nacionais, até mesmo em razão da influência das metas econômicas e sociais impostas ao Estado por órgãos supranacionais no desenvolvimento de instituições e políticas administrativas.<sup>676</sup> Tanto é que tais metas têm seu cumprimento avaliado tendo como referência outros países de desenvolvimento equivalente, independentemente de sua tradição jurídica.<sup>677</sup> Assim, vê-se que a idéia de “família jurídica” como critério limitar do estudo comparado perde sua razão de ser.<sup>678</sup>

Por esses motivos, ao se tratar da dignidade social e a atividade prestacional do Estado, há de se considerar precedentes jurisprudenciais de países com diversos matizes constitucionais, independentemente da “família jurídica” a que eles pertençam. Isso porque, para a utilidade de uma comparação, é relevante a existência de problemas semelhantes, referenciáveis à atividade prestacional do Estado, que possam levar a conclusões que sirvam de paradigma de orientação não somente da doutrina e da jurisprudência locais, mas que também exercem influência global no estudo do tema.<sup>679</sup>

Nesse escopo, vale consignar novamente que, embora o objeto de investigação esteja limitado ao contexto de um determinado Estado, o curso da argumentação até aqui aduzida deixa claro as referências brasileiras deste estudo. Nesses termos, para além de sua tradição ou relevância doutrinária, é com base numa relação com o Direito e os problemas do Brasil que se estabeleceram os critérios de escolha dos demais países considerados para a comparação jurisprudencial.

Para a comparação, serão escolhidos precedentes de tribunais constitucionais que possam ser tidos como paradigmáticos (*leading cases*), quer por sua repercussão no contexto político e jurídico local e internacional, quer pelas possibilidades de discussão e reflexão jurídica que deles derivam. Por se tratarem de casos especialmente complexos (*hard cases*), cumpre ainda limitar, com o evidente prejuízo de simplificação, os detalhes das questões

---

<sup>676</sup> Tais como o Fundo Monetário Internacional (FMI), a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a União Européia (UE), dentre outros.

<sup>677</sup> BELL, John S. Comparative administrative law, In: REIMANN, Mathias; ZIMMEMANN, Reinhard (org). **The Oxford handbook of comparative law**, p. 1267.

<sup>678</sup> Nesse sentido, cf. KÖTZ, Hein; ZWEIGERT, Konrad. **An introduction to comparative law**. 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 1998.

<sup>679</sup> “Se a unificação ou harmonização das regras é o principal objetivo da pesquisa, é importante que os ordenamentos sob consideração tratem de problemas semelhantes ou idênticos DANNEMANN, Gerhard. Comparative law: study of similarities or differences. In: REIMANN, Mathias; ZIMMEMANN, Reinhard (org). **The Oxford handbook of comparative law**, p. 409 .

fáticas em debate nos precedentes para focar nos argumentos jurídicos e os debates entre as diversas posições veiculadas que levaram a determinada decisão.<sup>680</sup>

Logo, vê-se que, embora a comparação e as conclusões dela decorrentes não possam deixar de ser, em certo grau, subjetivas, a escolha dos objetos a serem comparados não é feita de modo arbitrário ou aleatório. Ela é feita por meio de um critério funcional, que visa a obter, na experiência internacional, soluções que possam servir de parâmetro para a interpretação jurisprudencial da questão prestacional social do Estado, cuja resposta não pode ser abstrata.

Cumpra ressaltar que, apesar desses cuidados metodológicos, o exame comparado ora proposto não se trata propriamente de um estudo de “direito comparado”<sup>681</sup>, o qual não prescindiria de uma profunda descrição das instituições e dos institutos jurídicos de cada país examinado, bem como das razões históricas, políticas, sociais e econômicas que os moldaram, dentre outros pressupostos metodológicos.<sup>682</sup>

O que se pretende aqui é utilizar um método microcomparativo<sup>683</sup> como um instrumento específico que, ao ensejar o confronto dos posicionamentos jurisprudenciais e as soluções encontradas em ordenamentos jurídico-constitucionais bastante diversos entre si,

---

<sup>680</sup> Acerca da metodologia dos estudo de caso, cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, p. 1046 e ss.; MARTINS, Gilberto de Andrade. Estudo de caso: uma estratégia de pesquisa. São Paulo: Atlas, 2006; SCARCIGLIA, Roberto. *Introducción al derecho constitucional comparado*, p. 94 e ss; SILVA, Christine O. Peter da. Metodologia de estudo de precedentes. **Observatório da jurisdição constitucional**. Brasília: IDP, out/2007.

<sup>681</sup> Cumpra ressaltar a impropriedade do termo “direito comparado”, haja vista que “o direito comparado não é um ramo do direito, um conjunto de normas unificado por qualquer critério ou elemento. Por isso, os comparatistas põe regra geral em destaque que a expressão direito comparado não é em rigor adequada para designar sua disciplina – mais rigorosa é a designação comparação de direitos – é o alemão *Rechtsvergleichung* – ou semelhantes.” MENDES, João de Castro. **Direito comparado**. Lisboa: AAFDL, 1982, p. 9. Em sentido contrário, defendendo a autonomia científica do direito comparado, cf. DANTAS, Ivo. **Direito constitucional comparado: introdução, teoria e metodologia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 60.

<sup>682</sup> CAETANO, Marcelo. **Manual de direito administrativo**. 10ª Ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 62 e ss. Observa Nils Jansen a dificuldade de entender completamente um sistema legal estrangeiro, “porque as regras legais e os textos legais estão tipicamente profundamente enraizados em um contexto econômico, político, moral e cultural específico, o qual pode freqüentemente ser explicado por uma perspectiva histórica.” JANSEN, Nils. Comparative law and comparative knowledge. In. REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (org.). **The Oxford handbook of comparative law**. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 306. Para maiores detalhes acerca da metodologia do direito comparado, cf. RIVERO, Jean. **Curso de direito administrativo comparado**. São Paulo: RT, 1995; SCARCIGLIA, Roberto. *Introducción al derecho constitucional comparado*. Madrid: Dykinson, 2011; ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to comparative law*. 3. Ed. Oxford: Oxford University Press, 1998.

<sup>683</sup> Segundo Jorge Miranda, um esforço comparativo traduz-se como microcomparação quando tem por objeto determinada norma ou instituto do ordenamento, tal qual a atividade prestacional do Estado. A macrocomparação, por sua vez, “tem por objecto o estudo de uma grande estrutura e, designadamente, as estruturas determinantes e as ordens jurídicas enquanto tais”. MIRANDA, Jorge. Sobre o direito constitucional comparado. **Revista de direito constitucional e internacional**, p. 247.

permita a identificação de uma moldura analítica que possa ensejar a indução de novas perspectivas e de possíveis *standards* que possam servir de guia à compreensão do papel da dignidade da pessoa humana e do próprio Poder Judiciário no campo da atividade prestacional do Estado e das possíveis soluções funcionais para os problemas apresentados ao longo deste estudo.<sup>684</sup>

## 1 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Destaque-se, de início, que a Constituição norte-americana não traz em seu texto qualquer referência expressa à dignidade da pessoa humana, razão pela qual seu reconhecimento constitucional encontra resistência no âmbito doutrinário. James Q. Withman, por exemplo, afirma que a dignidade humana é desprovida de significado como um valor constitucional e sua proteção é “bastante estranha para a tradição americana”, de modo que a jurisprudência constitucional não endossaria “a norma geral de dignidade pessoal encontrada na Europa”.<sup>685</sup> Isso porque a Constituição não seria estruturada para a proteção ou fixação de hierarquia de valores e sim para a criação de uma estrutura de garantia de liberdade individual e para a proteção de direitos.<sup>686</sup>

Todavia, a noção de igualdade inerente à dignidade é retratada na Emenda V<sup>687</sup> e, especialmente, na Emenda XIV da Constituição norte-americana<sup>688</sup>, impedindo, por meio da

---

<sup>684</sup> No método comparativo de Häberle, os standards configuram o critério de identificação de modelos comuns nos diferentes ordenamentos. Conforme Segado, “esses standards encontram-se no substrato comum da cultura jurídica e integram idéias jurídicas paralelas, análogas ou similares, e, em última instância, referem-se a determinadas concepções de justiça”. SEGADO, Francisco Fernández, in HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**, p. XLIV. No mesmo sentido, Anne-Marie Slaughter afirma que “onde os juízes fazem uso de decisões estrangeiras como autoridade de persuasão e são persuadidos ao ponto de real convergência de decisões em certas matérias, a fertilização constitucional cruzada começa a evoluir para algo mais profundo, semelhante a uma jurisprudência global emergente”. SLAUGHTER, Anne-Marie. **A new world order**, p. 78.

<sup>685</sup> WITHMAN, James Q. The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty. **The Yale Law Journal**, vol. 113, 2004, p. 1151-1221.

<sup>686</sup> RAO, Neomi, On the use and abuse of dignity in Constitutional Law. **Columbia Journal of European Law**, Vol. 14, No. 2, 2008, p. 201-256.

<sup>687</sup> Emenda V, de 15 de dezembro de 1791: “Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar. ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização. CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Disponível em: <http://constitutioncenter.org/media/files/Port-Constitution%208-19.pdf>. Destaque-se que no caso *Washington v. Davis*, a Suprema Corte afirma expressamente que a Emenda V contém um

cláusula de igual proteção, que o Estado dispense tratamento diferenciado entre cidadãos sem que haja a devida justificativa para tanto.<sup>689</sup> Por isso, a Suprema Corte utiliza o conceito de dignidade em alguns precedentes como preceito constitucional implícito e valor constitucional cujo reconhecimento fundamenta, ao menos em parte, suas decisões.

Apesar de referências anteriores à dignidade, inclusive como uma “garantia constitucional”<sup>690</sup>, é no conhecido caso *Brown v. Board of Education*<sup>691</sup> que o conceito de dignidade da pessoa humana primeiramente aparece como elemento central no julgamento.<sup>692</sup> No caso, debatia-se a inconstitucionalidade do sistema de segregação racial nas escolas então vigente em diversos estados norte-americanos, sob o argumento de sua intrínseca violação à cláusula de igual proteção da Emenda XIV e ainda da inferioridade da qualidade das escolas destinadas às crianças negras.

Reformando a doutrina conhecida como “separados mas iguais” fixada no caso *Plessy v. Ferguson*<sup>693</sup>, a Suprema Corte afirmou que a segregação racial nas escolas gerava nas crianças negras um “sentimento de inferioridade em relação ao seu status na comunidade ”

---

“componente de igual proteção que proíbe os Estados Unidos de discriminar injustificadamente entre indivíduos ou grupos. ” 426 U.S. 229, 239 (1976). Disponível em: <http://supreme.justia.com/>

<sup>688</sup> **Emenda XIV, de 13 de junho de 1866 : "Seção 1.** Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas a sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiverem residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis. (..) Ibidem, loc. cit.

<sup>689</sup> A cláusula de igual proteção prevista em ambas as Emendas têm sido observada pelo Judiciário em três diferentes níveis. Um controle judicial estrito é aplicado se a conduta estatal é diferenciada com base em critérios de raça ou nacionalidade. Segundo Albisa e Schultz, essas são tidas como “classificações suspeitas”, razão pela qual o governo deve demonstrar um interesse estatal convincente e ainda demonstrar que a classificação é “estritamente adaptada” e o “meio menos restritivo” para atingir tal interesse. O tratamento diferenciado com base em sexo ou status de nascimento requer uma demonstração de interesse estatal substancial e os tratamentos diferenciados baseados em classificações “não suspeitas” são geralmente isentos de revisão judicial, desde que haja uma “base racional” para a adoção do critério. ALBISA, Cathy; SCHULTZ, Jessica. The United States: a ragged patchwork. In: LANGFORD, Malcolm (ed.). **Social rights jurisprudence**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 235.

<sup>690</sup> 325 U.S. 91, 135 (1945); 376 U.S. 254, 256 (1964). Disponível em: <http://supreme.justia.com>. Luís Roberto Barroso destaca ainda alguns precedentes iniciais que tangenciam a noção de dignidade: 2 U.S. (2 Dall.) 419, 455 (1793); 161 U.S. 591, 632 (1896); 323 U.S. 214, 240 (1944); 327 U.S. 1, 29 (1946); 332 U.S. 46, 62 (1947). Menciona ainda que a primeira aparição da expressão “dignidade humana” em uma opinião majoritária se deu no caso *Rochin v. California*, 342 U.S. 165, 174 (1952). BARROSO, Luís Roberto. Here, there, and everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational discourse. **Boston College International & Comparative Law Review**, Vol. 35, n. 2, 2012, p. 332.

<sup>691</sup> 347 U.S. 483 (1954). Disponível em: <http://supreme.justia.com>

<sup>692</sup> PAUST, Jordan. Human dignity as a constitutional right: a jurisprudentially based inquiry into criteria and content. **Howard Law Jornal**, vol. 27, 1984, p. 158.

<sup>693</sup> No caso, a Suprema Corte afirmou a constitucionalidade de determinação de que negros viajassem em vagões separados de trens, pois isso não traria uma constatação de inferioridade da raça negra. 163 U.S. 537 (1896). Disponível em: <http://supreme.justia.com>



que as privava de "oportunidades educacionais iguais" e que afetava "seus corações e mentes de uma forma pouco provável de ser um dia ser desfeita."<sup>694</sup>

Embora não faça expressa referência ao termo "dignidade" em seu julgamento, há, no caso, a clara distinção do direito de ser não submetido à humilhação e degradação com base em critério de raça. Admite a Suprema Corte que a política de segregação de crianças "de outras de igual idade e qualificações somente em razão de sua raça" nas escolas é "inerentemente desigual", razão pela qual a "doutrina de 'separados mas iguais' não tem lugar no campo da educação pública" por ser ofensiva à cláusula de igual proteção prevista na Emenda XIV.<sup>695</sup> Tal decisão, embora não tenha sido formulada expressamente na linguagem da dignidade, expressa uma "preocupação genuína com o valor da dignidade humana" e um "apelo direto a esse poderoso conceito"<sup>696</sup>, considerando, sobretudo, o já discutido papel da igualdade como componente essencial da dignidade da pessoa humana.<sup>697</sup>

O componente de autonomia da dignidade, por sua vez, é retratado de forma central nas manifestações da Suprema Corte acerca do aborto, notadamente nos casos *Roe v. Wade*<sup>698</sup> e *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*<sup>699</sup>.

Nesse último precedente, restou expressamente consignado na decisão majoritária que "esses temas, envolvendo as escolhas mais íntimas e pessoais que uma pessoa pode fazer em sua vida" são "centrais para a dignidade e autonomia pessoal" e para "a liberdade protegida pela Décima Quarta Emenda".<sup>700</sup> Referindo expressamente ao caso *Roe v. Wade*, afirma-se que "o direito da mulher de terminar sua gravidez" é uma "norma jurídica e um componente da liberdade".<sup>701</sup> A opinião parcialmente dissidente do Juiz Steven também expressa que "a autoridade para tomar decisões tão traumáticas e ainda assim capacitantes é um elemento de dignidade humana básica"<sup>702</sup>.

---

<sup>694</sup> 347 U.S. 48, 493-494 (1954), loc. cit.

<sup>695</sup> Idem, 495.

<sup>696</sup> PARENT, William A. Constitutional values and human dignity. In: MEYER, Michael J.; PARENT, William A. (ed). **The constitution of rights, human dignity and american values**. New York: Cornell University Press, 1992, p. 59. No mesmo sentido, referenciando o recurso da Suprema Corte à dignidade para eliminação de discriminações raciais e garantia da cláusula de igual proteção (*equal protection clause*), destaca o autor o precedente *Heart of Atlanta Motel v. U.S* (379 U.S. 241 (1964)., podendo se lembra ainda do caso *Rice v. Cayetano*, 528 U.S. 495, 517 (2000). Disponíveis em: <http://supreme.justia.com>

<sup>697</sup> Cf. Título VI, Cap. II.

<sup>698</sup> 410 U.S. 113, 168 (1973). Disponível em: <http://supreme.justia.com>

<sup>699</sup> 505 U.S. 833 (1992). Disponível em: <http://supreme.justia.com>

<sup>700</sup> 505 U.S. 833, 851 (1992), loc. cit. .

<sup>701</sup> Ibidem, 871.

<sup>702</sup> Ibidem, 916 . É interessante consignar ainda a veemente oposição do juiz Scalia no caso, em que crítica de forma contundente não somente a decisão como um todo, mas especialmente o uso de conceitos como

Apesar da polêmica inerente ao tema, a abordagem da Suprema Corte sobre o aborto é expressa ao estabelecer que o direito da mulher de escolher o aborto é parte de sua liberdade constitucionalmente protegida, uma vez que essa escolha liga-se às idéias de dignidade e autonomia.<sup>703</sup>

No precedente *Lawrence v. Texas*<sup>704</sup>— que declarou a inconstitucionalidade de lei que criminalizava a sodomia no Texas — a Suprema Corte inovou ao se utilizar da dignidade da pessoa humana como princípio orientador primordial de seu julgamento e definido seu uso como determinante de direitos constitucionais.

Ao reformar entendimento anterior da Corte no caso *Bowers v. Hardwick*<sup>705</sup>, a decisão majoritária faz menção direta à dignidade como autonomia mencionada no caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* e afirma que se deve “reconhecer que adultos podem escolher participar desse relacionamento no âmbito de seus lares e de suas vidas privadas e manterem sua dignidade como pessoas livres.”<sup>706</sup>

Diz ainda que, embora considerado um delito de pequeno potencial ofensivo, a sodomia “permanece como uma ofensa criminal, com toda a repercussão que isso importa para a dignidade da pessoa acusada”, o que demonstra a preocupação da Corte com a liberdade do indivíduo em face de estigmas sociais. Entendimento contrário, por sua vez, implicaria no “rebaixamento das vidas das pessoas homossexuais”.<sup>707</sup>

Disso decorre a conclusão de que a Suprema Corte estabeleceu um direito de reconhecimento derivado da dignidade, na medida em que a dignidade estabelece um direito de respeito do Estado à identidade e às escolhas individuais, não podendo interferir nas

---

dignidade e autonomia como fundamento. Diz que "o melhor que a Corte pode fazer para explicar como é que a palavra 'liberdade' deve ser pensada para incluir o direito de destruir fetos humanos é balbuciar uma coleção de adjetivos que simplesmente decoram um julgamento de valor e escondem uma escolha política". Ibidem, 983. O mesmo debate se repetiu no caso *Stenberg v. Carhart*, tanto no uso do conceito de dignidade quanto na crítica de Scalia. Cf. 530 U.S. 914 (2000).

<sup>703</sup> É interessante observar que a Suprema Corte passou ao largo de uma discussão aprofundada da dignidade concorrente do feto em relação à liberdade de escolha da mãe, diferente do que ocorreu nos precedentes do Tribunal Constitucional alemão sobre o mesmo tema (BVerfGE 88, 203; BVerfGE 39, 1), que, como será visto neste mesmo título, tiveram resultado oposto justamente com base nessa ponderação.

<sup>704</sup> 539 U.S. 558 (2003). Disponível em: <http://supreme.justia.com>

<sup>705</sup> No referido caso a Suprema Corte afirmou a constitucionalidade da lei do Estado da Georgia que criminalizava a prática de sexo anal e oral entre adultos homossexuais. Cf. 478 U.S. 186 (1986). Disponível em: <http://supreme.justia.com>

<sup>706</sup> 539 U.S. 558, 558 (2003), loc.cit. .

<sup>707</sup> Ibidem, 560. Consigne-se que a manifestação do Juiz Kennedy é tida como nitidamente influenciada por “abordagens européias” acerca do tema. Cf. WITHMAN, James Q. The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty. *The Yale Law Journal*, vol. 113, 2004, p. 1162.

escolhas da esfera privada e sexual dos indivíduos. Nesse sentido é expresso o teor do julgado<sup>708</sup>:

Os peticionários têm direito ao respeito por suas vidas privadas. O Estado não pode rebaixar suas existências ou controlar seus destinos ao tornar sua conduta sexual privada um crime. Seu direito de liberdade dá-lhes o pleno direito a exercer sua conduta sem a intervenção do Governo.

Nesse mesmo sentido, o precedente *McDonald v. City of Chicago* traz, em voto dissidente do Juiz Stevens, observação de que a liberdade trazida pela cláusula do devido processo legal inclui a autonomia, no sentido de ter direito de tomar decisões sobre seu próprio destino. Observa-se expressamente que “autodeterminação, integridade corporal, liberdade de consciência, relacionamentos íntimos, igualdade política, dignidade e respeito – esses são os valores centrais que achamos implícitos no conceito de liberdade ordenada”.<sup>709</sup>

Do ponto de vista de reconhecimento social, a Suprema Corte fixou, no caso *Miller v. Johnson*, o dever do Estado respeitar a individualidade de cada sujeito, na medida em que a cláusula de igualdade “estabelece o simples comando de que o Governo deve tratar cidadãos como indivíduos, não como simples componentes de uma classe racial, religiosa, sexual ou nacional”.<sup>710</sup> No caso *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*, que tratou da inconstitucionalidade de designação de alunos para escolas com bases raciais, estabeleceu-se ainda que “ser forçado a viver sob um rótulo racial determinado pelo Estado é inconsistente com a dignidade dos indivíduos em nossa sociedade. E é um rótulo que o indivíduo não tem qualquer capacidade de mudar”.<sup>711</sup>

Apesar de tais precedentes, não se vislumbra na Suprema Corte uma estrutura teórica ou doutrinária firme quanto à aplicação da dignidade nesse contexto, não sendo possível determinar uma opinião jurisprudencial consolidada ou mesmo o reconhecimento de um princípio constitucional implícito da dignidade da pessoa humana no ordenamento constitucional norte-americano.<sup>712</sup> Ademais, mesmo que haja avanços na concepção de dignidade, essa orientação encontrará a resistência política sempre presente quando a

---

<sup>708</sup> 539 U.S. 558, 578(2003). loc. cit..

<sup>709</sup> 130 U.S. 3020, 23 (2010). Disponível em: <http://supreme.justia.com>

<sup>710</sup> 515 U.S. 900, 911 (1995), p. 487. Disponível em: <http://supreme.justia.com>

<sup>711</sup> 551 U.S. 701, 797 (2007). Disponível em: <http://supreme.justia.com>

<sup>712</sup> RAO, Neomi. On the use and abuse of dignity in Constitutional Law. **Columbia Journal of European Law**, Vol. 14, No. 2, 2008, p. 239. BARROSO, Luís Roberto. Here, there, and everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational discourse. **Boston College International & Comparative Law Review**, Vol. 35, n. 2, 2012, p. 346-347.

Suprema Corte desenvolve valores constitucionais além daqueles expressamente enumerados na Constituição.<sup>713</sup>

Ainda que se admita uma noção de dignidade como implícita no ordenamento constitucional norte-americano, o certo é que a Suprema Corte orienta-se no sentido de estabelecer uma noção de dignidade humana vinculada “muito mais aos valores de liberdade, e especialmente liberdade em face do Estado”<sup>714</sup>.

Isso reflete a natureza liberal e defensiva da Carta de Direitos (*Bill of Rights*) da Constituição norte-americana<sup>715</sup>, voltada a garantir o maior espaço de liberdade possível contra interferências estatais que impeçam a busca de metas e valores individuais. Conforme ressalta Richard Posner, “os homens que escreveram a Carta de Direitos não estavam preocupados que o governo pudesse fazer muito pouco pelas pessoas, mas que ele pudesse fazer muito contra elas.”<sup>716</sup>

Considerada então a Carta de Direitos como a consagração de liberdades pessoais que protegem indivíduos da interferência estatal, é predominante a idéia de que não há de se falar em direitos prestacionais no ordenamento constitucional norte-americano<sup>717</sup>, tendência que se reflete na jurisprudência constitucional sobre o tema.

---

<sup>713</sup> RAO, Neomi, On the use and abuse of dignity in Constitutional Law. **Columbia Journal of European Law**, Vol. 14, No. 2, 2008, p. 244. Segue a autora: “Isso também trará discordâncias acerca do papel da ‘judicial review’. O direitos não enumerados reconhecidos judicialmente são bastante limitados, e precedentes baseados nesse tipo de argumentação são sujeitos a significantes críticas. Além disso, mesmo que a Suprema Corte reconhecesse uma forma mais robusta de dignidade humana com um ‘direito’, a falta de base textual porá questões recorrentes de legitimidade. Tradicionais precedentes nos Estados Unidos reconhecem a dignidade da soberania e de instituições governamentais – mas essa não é a forma comunitarista de dignidade individual adotada em constituições modernas”. Idem, p. 245.

<sup>714</sup> WITHMAN, James Q. The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty. **The Yale Law Journal**, vol. 113, 2004, p. 1161. Segundo James Withman, no caso Lawrence, o Juiz Kennedy “tenta energeticamente fundamentar seu voto em ambos os ideais de liberdade e dignidade”. Ibidem, loc. Cit. .

<sup>715</sup> A Carta de Direitos (Bill of Rights) compõe-se das dez primeiras emendas à Constituição dos Estados Unidos, promulgadas em 1791

<sup>716</sup> POSNER, Richard apud RAO, Neomi. On the use and abuse of dignity in Constitutional Law, p. 246.

<sup>717</sup> ALBISA, Cathy; SCHULTZ, Jessica. The United States: a ragged patchwork. In: LANGFORD, Malcolm (ed.). **Social rights jurisprudence**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 234. Tal posição, embora dominante, não é certamente pacífica. Para Louis Henkin, por exemplo, a não previsão de direitos prestacionais baseia-se numa visão da dignidade “incompleta” e “fora do compasso” com a evolução de seu conceito predominante mundialmente. Um dos maiores críticos dessa visão norte-americana, porém, é Cass R. Sunstein, que defende a existência de direitos prestacionais como verdadeiros pressupostos da liberdade, baseando-se nas palavras de Franklin D. Roosevelt em seus célebres discursos das “Quatro Liberdades”, proferido em 1941, da “Segunda Carta de Direitos”, de 1944. Nesses termos, o Estado teria deveres ao Estado de promover o bem-estar social e a “liberdade da necessidade”, configurada a partir da garantia de direitos ao trabalho, a uma renda mínima, à saúde, moradia, educação e segurança social. SUNSTEIN, Cass R. **The Second Bill of Rights: FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever**. Reprint edition. New York: Basic Books, 2006, *passim*.

Na primeira metade do século XX, a Suprema Corte mostrou-se dedicada a rejeitar qualquer tentativa legislativa de cunho social. Essa tendência foi iniciada pelo caso *Lochner v. New York*<sup>718</sup> - referente à proteção da saúde do trabalhador – e foi particularmente sentida durante o período compreendido durante o chamado *New Deal*, quando foram declaradas inconstitucionais uma série de políticas públicas consideradas excessivamente intervencionistas de Franklin D. Roosevelt.<sup>719</sup>

Com o passar dos anos, todavia, a Suprema Corte mostrou-se cada vez mais inclinada a entender que se poderia extrair da Constituição o direito a prestações estatais, em casos geralmente baseados nas cláusulas de igualdade ou do devido processo previstas nas Emendas V e XIV da Constituição.

O primeiro ponto de inflexão nesse sentido foi o caso *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.*<sup>720</sup>, na qual se admitiu a possibilidade de intervenção legislativa federal em matérias referentes à associação sindical e direitos trabalhistas, sob o argumento de que tais temas inferiam com comércio interestadual. Apesar de não tratar expressamente de direitos prestacionais, esse caso é tido como precedente que ensejou ao Legislativo Federal a possibilidade de tratar de temas ligados à área por meio de uma legislação nacional.<sup>721</sup>

Porém, é também o mencionado caso *Brown v. Board of Education*<sup>722</sup> o primeiro a tratar do tema prestacional, referente aos serviços de educação pública, ao reconhecer expressamente ser "dúbio que qualquer criança possa razoavelmente ser bem sucedida na vida se a ela é negada a oportunidade de uma educação", razão pela qual é a "própria fundação da boa cidadania" e seja "talvez a mais importante função dos governos".<sup>723</sup> É importante destacar ainda o caso *Brown v. Board of Education II*<sup>724</sup> - que tratava da forma de cumprimento da determinação anterior - no qual a Suprema Corte afirmou caber aos juízes monitorar a integração racial nas escolas, reconhecendo às elas, porém, uma discricionariedade nesse processo em face das complexidades administrativas advindas da ordem.

---

<sup>718</sup> 198 US 45 (1905). Disponível em: <http://supreme.justia.com>

<sup>719</sup> Sobre o tema, cf. CUSHMAN, Barry. **Rethinking the New Deal Court**: the structure of a constitutional revolution. New York: Oxford University Press, 1998.

<sup>720</sup> 301 U.S. 1 (1937) Disponível em: <http://supreme.justia.com>

<sup>721</sup> ALBISA, Cathy; SCHULTZ, Jessica. The United States: a ragged patchwork, p. 236.

<sup>722</sup> 347 U.S. 483 (1954). Disponível em: <http://supreme.justia.com>

<sup>723</sup> 347 U.S. 483, 493 (1954). Loc. cit. .

<sup>724</sup> 349 US 294 (1955), Loc. cit.

Nos anos de 1960, a Suprema Corte determinou, a partir dos casos *Gideon v. Wainwright* e *Douglas v. California*<sup>725</sup>, o dever estatal de prestar assistência jurídica a todos os indivíduos processados criminalmente que não pudessem arcar com os custos de um advogado, sob o argumento de que a "igualdade perante a lei" não pode ser garantida "o homem pobre acusado de um crime tem que enfrentar seus acusadores sem um advogado para o assistir".<sup>726</sup>

No caso *Shapiro v. Thompson*<sup>727</sup>, a Suprema Corte, embora formalmente apoiada no princípio de liberdade de locomoção, entendeu que a Califórnia não poderia impor um período de espera de seis meses para que novos residentes fossem aptos a receber benefícios sociais. Nesse julgado, menciona expressamente que medidas legais nesse sentido negavam prestações "das quais pode depender a capacidade das famílias de obter meios de subsistência – alimentação, moradia e outras necessidades da vida"<sup>728</sup>, apesar de também compreender essas prestações como um "privilegio" e não um "direito".<sup>729</sup>

É, contudo, no emblemático caso *Goldberg v. Kelly*<sup>730</sup> que a Suprema Corte chegou mais próximo de fixar uma orientação de derivação de prestações estatais positivas da Constituição.<sup>731</sup> No caso, reconheceu-se que benefícios assistenciais podem ser incluídos no conceito de propriedade e, por isso, seu eventual cancelamento estaria sujeito à observância do devido processo legal. Assim, considerando que benefícios estatais seriam voltados a garantir aos indivíduos "os próprios meios necessários de sobrevivência"<sup>732</sup>, haveria a necessidade de audiência e garantia de defesa como condição prévia para a legalidade do cancelamento.

No voto vencedor do juiz Brennan, há expressa ligação do pedido com a dignidade da pessoa humana, ao afirmar que "desde sua fundação, o compromisso básico de nação tem sido a de promover a dignidade e o bem-estar de todas as pessoas dentro de suas fronteiras".

---

<sup>725</sup> 372 U.S. 335 (1963); 372 U.S. 353 (1963), *Ibidem*.

<sup>726</sup> 372 U.S. 353, 344 (1963), *Loc. cit.* . Cumpre lembrar também o caso *Court in Boddie v. Connecticut*, no qual a Suprema Corte deferiu o direito de isenção de taxas judiciais para ações de divórcio de mulheres pobres, sob o fundamento de não poderiam deixar de ter acesso ao Judiciário apenas em razão de sua incapacidade de pagamento. (401 U.S. 371 (1971)).

<sup>727</sup> 394 U.S. 618 (1969). Disponível em: <http://supreme.justia.com>

<sup>728</sup> 394 U.S. 618, 627 (1969). *Loc. Cit.* .

<sup>729</sup> *Ibidem*, nota n. 6 .

<sup>730</sup> 397 U.S. 254 (1970). Disponível em: <http://supreme.justia.com>.

<sup>731</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Here, there, and everywhere*, p. 331

<sup>732</sup> 397 U.S. 254, 264 (1970), *loc. cit.*

Quanto à importância do papel estatal na prestação de benefícios sociais, vale transcrever os fundamentos do voto<sup>733</sup>:

Os benefícios sociais [*welfare*], ao atender às demandas básicas de subsistência, podem ajudar a trazer ao alcance de pobres as mesmas oportunidades disponíveis para outras pessoas de participarem de forma significativa na vida da comunidade. Ao mesmo tempo, protegem contra o mal-estar social que pode fluir de um sentimento generalizado de frustração e insegurança injustificada. A assistência pública, então, não é mera caridade, mas um meio para “promover o bem estar geral e assegurar as bênçãos da liberdade para nós mesmos e nossa posteridade”.

Nota-se que as decisões da Suprema Corte nos casos *Shapiro* e *Goldberg* “compartilham da premissa do *New Deal* de que os pobres são vítimas de circunstâncias externas que limitam suas oportunidades econômicas”<sup>734</sup>, derivando do ordenamento constitucional, ainda que de forma implícita, a importância da participação ativa do Estado para garantia da preservação e promoção da dignidade por meio de prestações materiais.

Entretanto, segundo observa Cass R. Sunstein, essa orientação crescente foi interrompida já no início dos anos 1970, em decorrência da vitória do republicano Richard Nixon nas eleições presidenciais de 1968 e do perfil dos novos juízes escolhidos por ele para integrar a Suprema Corte: Burger, Blackmun, Powell, e Rehnquist.<sup>735</sup> A partir de então, a jurisprudência tornou-se paulatinamente mais hostil à noção de direitos fundamentais prestacionais no contexto constitucional norte-americano.

No precedente *Dandridge v. Williams*<sup>736</sup>, a Suprema Corte fixou a constitucionalidade de um “teto” para o pagamento de benefícios assistenciais estaduais, válido mesmo para famílias com múltiplos dependentes, sob a argumentação de que o limite provê às famílias “um incentivo de busca por um emprego remunerado” e de que a Emenda XIV não “outorga às cortes federais poder de impor aos estados sua visão do que constitui uma política social

---

<sup>733</sup> 397 U.S. 254, 265 (1970), loc. cit. . Convém destacar que, no subsequente caso *Mathews v. Eldridge*, embora tenha mantido a noção de seguridade social ligada à propriedade, a Suprema Corte estabeleceu a legitimidade de audiências realizadas em momento posterior ao cancelamento de benefícios de incapacidade, sob o argumento de que os respectivos beneficiários não estariam na margem de subsistência tal qual os beneficiários de prestações sociais discutidos no caso *Goldberg v. Kelly*. 424 U.S. 319, 331 (1975), loc. cit.

<sup>734</sup> HIRSCH, Dennis D. *The right to economic opportunity: making sense of the Supreme Court's welfare rights decisions*. **The University of Pittsburgh Law Review**, vol. 58. Fall, 1996, p. 129 .

<sup>735</sup> SUNSTEIN, Cass R. Why does the american Constitution lack social and economic guarantees? In: IGNATIEFF, Michael (Ed.). **American exceptionalism and human rights**. Princeton: Princeton University Press, 2005, p. 115.

<sup>736</sup> 397 U.S. 471 (1970). Disponível em: <http://supreme.justia.com>

ou econômica sábia", pois "os intratáveis problemas econômicos, sociais e até filosóficos apresentados pelos programas de assistência de bem-estar não são assunto para esta Corte".<sup>737</sup> Seguindo essa linha, a Suprema Corte afirmou, no caso *Lindsay v. Normet*<sup>738</sup> que "a Constituição não provê remédios judiciais para todos os males sociais e econômicos" para afirmar expressamente não haver um direito constitucional à moradia e que a "garantia de uma moradia adequada" consiste em função legislativa, e não judicial.<sup>739</sup>

Essa mudança de orientação, entretanto, é geralmente fixada a partir julgamento *San Antonio Indep. Sch. Dist. v. Rodriguez*<sup>740</sup>, referente ao sistema de financiamento do serviço público de educação do Texas, que, baseado no valor dos imóveis de cada região, previa maior alocação de recursos para escolas localizadas nas áreas mais ricas do estado. Liderada pelo voto do Juiz Lewis Powell, a maioria da Suprema Corte acabou por afirmar que, apesar da disparidade gerada pelo sistema adotado, ele não ia de encontro ao princípio da igualdade e que o direito à educação não poderia ser considerado como fundamental. Da opinião majoritária, vale destacar o seguinte trecho<sup>741</sup>:

Não é o papel desta Corte criar direitos constitucionais substantivos em nome de garantia do direito de igualdade de proteção perante a lei. Assim, a chave para descobrir se a educação é "fundamental" não é encontrada no exame do relativo significado social da educação, em oposição à subsistência ou moradia. Também não é encontrada ao se sopesar se educação é tão importante quanto o direito de viajar. Em vez disso, a resposta está avaliar se há um direito à educação, explicitamente ou implicitamente garantidos pela Constituição. A educação, é claro, não está entre os direitos garantidos expressamente por nossa Constituição Federal. Também não há qualquer base para admitir sua proteção implícita. Como foi dito, a indiscutível importância da educação não será, por si só, a causa para que esta Corte fuja dos usuais padrões de revisão da legislação econômica e social do Estado.

No caso *Maher v. Roe*<sup>742</sup>- referente ao custeio estatal de abortos não terapêuticos - o Tribunal observou que a proteção de um direito pela Constituição não tem como

---

<sup>737</sup> 397 U.S. 471, 486, 487 (1970), loc. cit. .

<sup>738</sup> 405 U.S. 56 (1972), loc. cit.

<sup>739</sup> 405 U.S. 56, 74 (1972), loc. cit. .

<sup>740</sup> 411 U.S. 1 (1973). Disponível em: <http://supreme.justia.com>

<sup>741</sup> 411 U.S. 1, 33 (1973). Loc. Cit . É importante notar que esse precedente, apesar da contundência da argumentação, procura diferenciar a situação do caso com aquelas em que o sistema falhe em garantir níveis mínimos de educação para ensejar o exercício da liberdade de expressão e de participação política ou impeça, por barreiras econômicas, o acesso à educação primária ou secundária. 411 U.S. 1, 25/37 (1973). Loc. cit.

<sup>742</sup> 432 U.S. 464 (1977). Ibidem



consequência necessária o direito a uma atividade prestacional estatal, mas, simplesmente, a impossibilidade do Estado impor restrições ao gozo pleno de tal direito. Caberia ao Estado a decisão quanto à alocação de verbas públicas, podendo a mulher buscar serviços privados de aborto.

No mesmo sentido, já quanto ao custeio estatal de abortos em caso de necessidade médica, a Corte entendeu, no caso *Harris v. McRae*<sup>743</sup>, que, apesar de se reconhecer o direito da mulher escolher terminar sua gravidez sem interferência estatal como decorrência da Emenda XIV, essa liberdade de escolha “não traz consigo um direito constitucional aos recursos financeiros para fazer uso de toda a gama de escolhas protegidas”. Isso porque “as restrições financeiras que limitam a habilidade de uma mulher indigente de se aproveitar da completa gama de direitos de escolha constitucionalmente protegidos não são produto de restrições governamentais ao acesso ao aborto, mas sim de sua própria indigência”.<sup>744</sup>

Mesmo a noção de que os direitos prestacionais deveriam ser garantidos por serem instrumentais para o exercício dos direitos de liberdade é rejeitada pela Suprema Corte no caso *Lyng v. Automobile Workers*<sup>745</sup>, ao afirmar a constitucionalidade da negação de benefícios de cupons alimentares (*food stamps*) para famílias em que um dos componentes estivesse participando de movimento grevista, mesmo que legal. Outras decisões da Suprema Corte no mesmo período referentes a benefícios sociais têm sido caracterizadas pela reversão de decisões de cortes inferiores favoráveis à benefícios materiais.<sup>746</sup>

A idéia de prestações positivas do Estado voltadas à proteção e promoção da dignidade humana é definitivamente rejeitada pela Suprema Corte nos fins da década de 1980, no conhecido precedente *Deshaney v. Winnebago County Dept. of Social Services*<sup>747</sup>. No caso, Joshua Deshaney foi vítima de danos cerebrais definitivos e incapacitantes decorrentes de violência doméstica cometida por seu pai, o que motivou a ação judicial contra os serviços sociais estatais que, embora repetidamente comunicados dos abusos sofridos, não agiu no

---

<sup>743</sup> 448 U.S. 297 (1980). Disponível em: <http://supreme.justia.com>

<sup>744</sup> 448 U.S. 297, 316-317 (1980). loc. cit. . Em voto vencido, o juiz Marshall diz que legislação que limita o custeio é “o produto de uma esforço para negar aos pobres o direito constitucional reconhecido em *Roe v. Wade* 410 U. S. 113 (1973) [que estabelece a liberdade de escolha da mulher em realizar um aborto], muito embora o custo possa ser danoso à saúde sérios e duradouros.”. Ibidem, 338.

<sup>745</sup> 485 U.S. 360 (1988). Disponível em: <http://supreme.justia.com>

<sup>746</sup> Nesse sentido é o posicionamento de Matthew Diller, citando os precedentes *Bowen v. Gilliard*, (483 U.S. 587 (1987)); *Bowen v. Yuckert*, (482 U.S. 137 (1987)); *Lukhard v. Reed* (481 U.S. 368 (1987)); *Lyng v. Int'l Union, UAW*, (485 U.S. 360 (1988)); e *Sullivan v. Stroop* (496 US.478 (1990)). Cf. DILLER, M. Law and Equality: Poverty Lawyering in the Golden Age. **Michigan Law Review**, n.96, 1995, p. 1401.

<sup>747</sup> 489 U.S. 189 (1989). Ibidem

sentido de remover a criança da custódia do pai. Essa omissão teria causado a violação da cláusula de devido processo da Emenda XIV.

Ao rejeitar o argumento e a responsabilidade estatal sobre o ocorrido, a Suprema Corte diz expressamente que a Constituição norte-americana "não requer que o Estado proteja a vida, liberdade e propriedade de seus cidadãos contra a invasão de agentes privados", pois a cláusula do devido processo é "prevista como uma limitação do poder do Estado de agir, não como uma garantia de certos níveis mínimos de segurança ou seguridade". A Emenda XIV não pode ser interpretada "extensivamente para impor uma obrigação do Estado de garantia que esses interesses não sejam atingidos por outros meios", razão pela qual dela não se deriva "direitos positivos de ajuda governamental, mesmo que tal ajuda possa ser necessária para assegurar a vida, liberdade ou propriedade, interesses os quais o próprio governo não pode privar do indivíduo".<sup>748</sup>

Nota-se, então, que a partir das alterações em sua composição, notadamente a partir da presidência de Warren E. Burger (1969-1986), a Suprema Corte passou a se orientar, em regra, pela premissa liberal clássica de que "os indivíduos possuem opções econômicas e são livres para exercê-los"<sup>749</sup>. Tal posicionamento consolidou-se durante o período de William H. Rhenquist (1986-2005) - inclusive por meio da posse de juízes de orientação conservadora como Scalia e Thomas - e permanece inalterado na atual corte, sobre a presidência de John G. Roberts Jr. (2005-).<sup>750</sup>

Então, apesar do esforços de alguns grupos de advogados<sup>751</sup>, que encontra alguma ressonância nas cortes estaduais<sup>752</sup>, a posição pacífica da jurisprudência da Suprema Corte

---

<sup>748</sup> 489 U.S. 189, 195-196 (1989). Ibidem . Esse caso é sempre lembrado, no contexto norte-americano, pela alcunha "Pobre Joshua", derivada da opinião divergente do juiz Blackmun: " 'Pobre Joshua! Vítima de repetidos ataques por um pai irresponsável, intimidador, covarde e destemperado, e abandonado por agentes públicos que o colocou em situação de perigo e sabiam ou descobriram o que estava ocorrendo, e ainda assim fizeram essencialmente nada a não ser (...) 'registrar devidamente esses incidentes em seus registros'. É um comentário triste sobre a vida americana e princípios constitucionais (...) que essa criança, Joshua DeShaney, agora está destinado a viver o resto de sua vida profundamente retardado. Joshua e sua mãe, como autores aqui, merecem - mas são negados por essa Corte - a oportunidade de ter os fatos de seu caso considerados na luz da proteção constitucional.." Ibidem, 213 .

<sup>749</sup> HIRSCH, Dennis D. *The right to economic opportunity: making sense of the Supreme Court's welfare rights decisions. The University of Pittsburgh Law Review*, vol. 58, Fall, 1996, p. 130 .

<sup>750</sup> POLLACK, Malla. O alto custo de não se ter direitos positivos, uma perspectiva dos Estados Unidos. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.) **Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 365; BARROSO, Luis Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (org). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 340.

<sup>751</sup> ALBISA, Cathy; SCHULTZ, Jessica. *The United States: a ragged patchwork*, p. 245.

norte-americana fixa claramente que o Estado não tem, do ponto de vista constitucional, qualquer obrigação prestacional voltada à proteção e preservação da dignidade da pessoa humana em situações concretas, razão pela qual se mostra restritiva, "se não claramente hostil a inferir e impor direitos constitucionais positivos".<sup>753</sup>

Considerando que a opinião da Suprema Corte é a interpretação final e definitiva da Constituição dos Estados Unidos, a mudança de orientação da Suprema Corte a partir da era Burger marcou uma verdadeira morte da noção de direitos constitucionais prestacionais nos EUA.<sup>754</sup> Dentro de um pragmatismo que caracteriza a doutrina norte-americana, observa Cass R. Sunstein que o verdadeiro motivo da percepção negativa e "excepcional" do EUA em relação aos direitos prestacionais tem fundamento realista: não se pode defender um direito a prestação social decorrente da Constituição diante da visão consolidada da Suprema Corte no sentido contrário.<sup>755</sup> Para alterar tal situação, restariam apenas duas vias: "emendar a Constituição, ou esperar que os juízes aposentem-se ou morram e mudá-los por outros que tenham uma melhor visão acerca do significado da Constituição."<sup>756</sup>

## 2 ALEMANHA

Tendo que superar os traumas do nazismo e da legalidade formal daquele regime, a Alemanha tornou-se, a partir da elaboração da Lei Fundamental (LF) de 1949, palco das mais elaboradas discussões teóricas no campo dos direitos fundamentais, cujas idéias são refletidas na doutrina e a jurisprudência de diversos países. Por essas razões, nenhuma apreciação do panorama mundial do tema da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais prestacionais seria completa sem uma avaliação do contexto jurisprudencial alemão.

Pode-se dizer que o Estado Social, em sua acepção clássica, surgiu de fato ainda no fim do século XIX na Alemanha de Otto Bismarck, por meio de leis de proteção social que previam seguro-saúde para trabalhadores (1883), seguro contra acidente de trabalho (1884) e

---

<sup>752</sup> Apesar de não o foco deste estudo, vale notar que, embora enfrentem grande resistência na doutrina, alguns julgados de cortes supremas estaduais insistem em adotar uma visão mais social, no sentido de reconhecer o serviço de educação, por exemplo, como dever estatal e que os recursos para tal fim devem observar critérios de razoabilidade quanto ao seu montante e distribuição. Cf. *Rose v. Council for Better Education* (Kentucky) (1989); *Leandro v. State of North Carolina* (1997); *Campaign for Fiscal Equity v. State of New York* (2001); *Hoke County v. State of North Carolina* (2004). Disponíveis em: [www.escri-net.org](http://www.escri-net.org)

<sup>753</sup> RAO, Neomi, Three concepts of dignity in Constitutional Law. **Notre Dame Law Review**, Vol. 86, No. 1, maio/2011, p. 237.

<sup>754</sup> SUNSTEIN, Cass R. Why does the American Constitution lack social and economic guarantees? p. 114.

<sup>755</sup> Idem, loc. cit.

<sup>756</sup> TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights**, p. 22.

aposentadoria por idade e por invalidez (1889).<sup>757</sup> A Constituição de *Weimar* de 1919 foi uma das pioneiras - junto à Constituição mexicana de 1917 - a tratar do tema social. Trazia uma extensa série de direitos e de serviços públicos sociais, tais como educação gratuita para jovens (art. 143) e serviços públicos de saúde e previdência (art. 161).

Apesar das já referidas críticas doutrinárias à Constituição de *Weimar* e à previsão de direitos prestacionais social no âmbito constitucional, persistentes até hoje<sup>758</sup>, verifica-se que a expressa renúncia do legislador constituinte em formular direitos prestacionais subjetivos na Lei Fundamental de 1949<sup>759</sup> não implica a recusa do seu ideário subjacente<sup>760</sup>, pois na Lei Fundamental haveria uma “série de pontos de apoio, objetivamente formulados para uma interpretação que favorece os direitos prestacionais”<sup>761</sup>, tais como a obrigação estatal de proteção da dignidade humana (art. 1, n. 1, LF) e a própria cláusula do Estado Social (art. 20, n. 1, LF).<sup>762</sup> Segundo Konrad Hesse, o princípio do Estado Social alemão, embora não gere, em si mesmo, direitos subjetivos, seria norma que estabelece um propósito estatal (*Staatszielbestimmung*) e fixa, de maneira obrigatória, as tarefas e a direção da atuação estatal positiva.<sup>763</sup> Robert Alexy, por sua vez, afirma que os próprios direitos de defesa

---

<sup>757</sup>EUROFOUND. Bismarck's social security legislation. Disponível em: <http://www.eurofound.europa.eu>.

<sup>758</sup> Cf. Título III, Cap. II, 1.

<sup>759</sup> Nos termos do que já restou consignado (cf. Título III, Cap. II, 1), Andreas Krell indica que a negação da inclusão dos direitos prestacionais no rol dos direitos fundamentais decorreu de uma renúncia deliberada, em razão da experiência fracassada da Constituição de Weimar e da preocupação de que os condicionamentos diversos para sua efetivação poderia enfraquecer a força normativa da Lei Fundamental. KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, p. 45 a 49.

<sup>760</sup> KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo W. (org.) **A Constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 40.

<sup>761</sup> ALEXY, Robert, **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 385.

<sup>762</sup> Haveria, na Lei Fundamental, alguns direitos prestacionais expressos de forma difusa. Pieroth e Schlink mencionam como exemplo, o direito da mãe à proteção e à assistência da comunidade (art. 6º, n. 4, LF) e o direito à proteção jurídica mediante o devido processo legal, do juiz natural e do direito à audiência (art. 19, n. 4; art. 101, n. 1; art. 103º, n. 1). PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. Série IDP. São Paulo: Saraiva, 2012, §79. Des

<sup>763</sup> HESSE, Konrad *apud* KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo W. (org.) **A Constituição concretizada**, p. 40. No que diz respeito à transposição da doutrina alemã para o Brasil (e também para Portugal), vale observar o que diz o jurista alemão Andreas J. Krell. Embora lembre que a Constituição de 1988 foi fortemente influenciada pela Lei Fundamental da Alemanha e que, por isso, a dogmática jurídica alemã seja geralmente transponível ou adaptável ao Brasil, lembra Krell que “isto não acontece com os direitos sociais, que quase não constam da atual constituição germânica. (.) A estrutura da Carta de 1988 – bem como os textos constitucionais da Espanha e de Portugal, pelos quais foi fortemente influenciada – difere bastante daquela da Lei Fundamental de Bonn”. KRELL, Andreas J., *Ibidem*, p. 36-37. Sobre a influência da doutrina e jurisprudência alemã no direito constitucional brasileiro, cf. SARLET, Ingo W. A Lei

constitucionalmente assegurados na Lei Fundamental dependeriam de atividade prestacional que garantisse as condições mínimas necessárias para sua realização, dentro do espírito de unidade estrutural dos direitos fundamentais.<sup>764</sup>

A Alemanha desponta atualmente como um dos países que melhor alia liberdade de mercado, equilíbrio na distribuição de renda e preocupação com o bem-estar social de sua população, por meio de profusa legislação infraconstitucional voltada para esse fim.<sup>765</sup> Nessa contextura, o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht* – BVerfG) aparece como órgão de destaque no papel de delinear o conteúdo do princípio de proteção da dignidade humana e de definição do perfil concreto do Estado Social.<sup>766</sup>

Desde suas primeiras decisões, o Tribunal Constitucional Federal admite que a Lei Fundamental não é nem pretende ser um ordenamento neutro do ponto de vista axiológico<sup>767</sup> e tem a cláusula de proteção da dignidade da pessoa como seu valor máximo<sup>768</sup>, que limita o Poder Público e que deve ser garantida no Estado.<sup>769</sup> Por isso, dispõe o BVerfG que “o art.

---

Fundamental da Alemanha nos seus 60 anos e o direito constitucional brasileiro: algumas aproximações. **Direitos fundamentais & Justiça**, n. 7, abril/jun., 2009, p. 89-95.

<sup>764</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 240 e ss.

<sup>765</sup> Sobre o tema, no panorama alemão, cf. WALTERMANN, Raimund. **Sozialrecht**. 9. ed. München: C.F. Müller, 2011, passim.

<sup>766</sup> Segundo Wolfgang Hoffmann-Riem, a ampla competência constitucional do BVerfG e seu perfil histórico de atuação dá ao tribunal uma das melhores avaliações dentre todos os órgãos estatais da Alemanha, mesmo quando decide questões sociais controversas. Segundo o autor, “com sua contínua concretização dos preceitos constitucionais e o implacável e independente controle do uso do poder por parte do Estado”, o Tribunal aparece um “aliado equitativo na implementação” dos direitos dos cidadãos, tornando os direitos fundamentais “que pela evolução histórica, eram dirigidos somente contra o Estado” em “princípios básicos da ordem social em sua totalidade” e “ordem de valores que impregna todas as áreas do direito”. HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. La división de poderes como principio de ordenamiento. **Anuario de derecho constitucional latinoamericano**. v. 13, n. 1, 2007, p. 219/222/224.

<sup>767</sup> BVerfGE 2, 1 [12] (1952); BVerfGE 5, 85 [134, 197] (1956); BVerfGE 6, 32 [40] (1957) *apud* MARTINS, Leonardo; SCHWAB, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 387. Destaca Kommers que “não há debate na Alemanha (...) se a Constituição é primariamente procedimental ou axiological. Os alemães não entendem mais sua Constituição como uma simples expressão de uma ordem de poder existencial. Eles geralmente concordam que a Lei Fundamental é basicamente uma constituição normativa que abrange valores, direitos e deveres”. KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russel A. **The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. 3 ed. Durham, Duke University Press, 2012, p. 32.

<sup>768</sup> BVerfGE 6, 32 [36] (1957) *apud* ENDERS, Christoph. The Right to have rights: The concept of human dignity in German Basic Law. **Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito**, n. 2. UNISINOS, jan/jun 2010, p. 3. Como bem destaca José Oliveira Ascensão, a norma de proteção da dignidade da pessoa humana na Lei Fundamental “abre a própria Constituição, separada de tudo o resto, pois tudo o mais surge como concretização desta grande premissa.” ASCENÇÃO, José O. A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos. **Revista da Ordem dos Advogados**. Ano 68. Jan-2008, Lisboa, p. 97-124. No mesmo sentido, mais recentemente, cf. BVerfGE 115, 118 [152] (2005).

<sup>769</sup> BVerfGE 2, 1 [12] (1952); BVerfGE 5, 85 [204] (1956). Disponíveis em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/>

1º, n. 1 (...) não exclui uma vinculação dos poderes públicos a este princípio constitutivo supremo da Lei Fundamental”<sup>770</sup>. A jurisprudência majoritária do BVerfG segue a tendência doutrinária de fixar a dignidade a partir da mencionada “fórmula do objeto” de Dürig<sup>771</sup>, ao afirmar, de forma freqüente, que contraria a dignidade humana fazer do cidadão um mero objeto no Estado<sup>772</sup>.

A primeira tentativa de precisar a referida fórmula do objeto se deu em 1970, na discussão da constitucionalidade de limitação de sigilo de correspondência e de telecomunicação (art. 10, I, GG), conhecido como Caso das Escutas (*Abhörurteil*).<sup>773</sup>

No caso, afirma o BVerfG que “todo poder de Estado tem que observar e proteger a pessoa humana em seu valor intrínseco, em sua independência. Ela não pode ser tratada de forma ‘impessoal’, como um objeto, nem mesmo quando isso acontece, não por desrespeito ao valor da pessoa, mas com ‘boa intenção’.”<sup>774</sup>

Nessa hipótese, o Tribunal estabeleceu, primeiramente, que, em virtude de seu componente relativo e situacional, torna-se imprescindível o caso concreto para uma análise precisa de um possível atentado à dignidade, uma vez que “formulações gerais, como a de que a pessoa humana não pode ser reduzida a um simples objeto do poder público, podem tão somente indicar a direção na qual podem ser encontrados casos de violação da dignidade humana.”<sup>775</sup>. Isso porque a mera formulação geral de a pessoa não pode ser objeto do poder público não seria, por si só, suficiente para ensejar a violação da dignidade, uma vez que “não raramente a pessoa humana é, sim, mero objeto, não apenas das relações e do desenvolvimento da sociedade, mas também do Direito, na medida em que deve se submeter em detrimento de seus interesses.”<sup>776</sup> Assim, de acordo com o julgado, haveria violação da dignidade quando o ser humano<sup>777</sup>:

---

<sup>770</sup> BVerfGE 61, 126 [137] (1982) *apud* PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. Série IDP. São Paulo: Saraiva, 2012, §7º, n. 365.

<sup>771</sup> Cf. Título I, Cap. II, 4.

<sup>772</sup> BVerfGE 5, 85 [204] (1956); 7, 198 [205] (1958); BVerfGE 27, 1 [6] (1969); BVerfGE 87, 209 [228]; BVerfGE 109, 133 [149]; BVerfGE 115, 118 [153]; BVerfGE 109, 279 [312] *apud* PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard, **Direitos fundamentais**., §7º, n. 374.

<sup>773</sup> BVerfGE 30, 1 (1970) *apud* MARTINS, Leonardo; SCHWAB, Jürgen, **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão**, p. 179.

<sup>774</sup> BVerfGE 30, 1 (1970), *Idem*, p. 221 e ss.

<sup>775</sup> BVerfGE 30, 1 [25] (1970), *Ibidem*, loc. Cit.

<sup>776</sup>, *Ibidem*, p. 180.

<sup>777</sup> *Apud* PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard, **Direitos fundamentais**., §7º, n. 375.

É exposto a um tratamento que, em princípio, põe em dúvida a sua qualidade de sujeito, ou que no tratamento no caso concreto se verifica um menosprezo arbitrário da dignidade do ser humano. O tratamento do ser humano pelo poder público que executa a lei tem, pois, no caso de visar tocar a dignidade humana, de ser necessariamente expressão do desprezo pelo valor que cabe ao ser humano em virtude de ser pessoa, tendo, assim, de ser, neste sentido, um ‘tratamento desprezível’.

Nessa premissa, as restrições legais foram tidas como compatíveis com a dignidade, que não seria vulnerada “quando a exclusão da proteção judicial [do sigilo] é motivada não pelo desrespeito ou menosprezo da pessoa humana, mas pela necessidade de manter em segredo medidas para a proteção da ordem democrática e da existência do Estado.”<sup>778</sup>

No caso *Mephisto*<sup>779</sup> – que tratava da proibição de publicação de obra supostamente ofensiva à honra de um ator recém-falecido – a dignidade é vista como elemento fundacional de todos os direitos fundamentais<sup>780</sup>. Assim, a garantia de liberdade artística é baseada na imagem do homem da Lei Fundamental como um “uma pessoa autônoma que se desenvolve livremente dentro de uma comunidade social”, razão pela qual “a garantia da liberdade artística pode colidir com o âmbito da personalidade igualmente protegido pela Constituição, porque uma obra de arte também pode desenvolver seus efeitos ao nível social”<sup>781</sup>. Note-se aí a noção de necessária ponderação entre autonomia individual e o respeito pelas demandas comunitárias, dentro de um senso de solidariedade e responsabilidade social, preocupação essa que já havia expressada em precedente anterior.<sup>782</sup>

A relação entre a dignidade individual e social é também retratada pelo BVerfG no caso Prisão Perpétua (*Lebenslange Freiheitsstrafe*)<sup>783</sup>. Ao tratar da previsão exclusiva da pena de

---

<sup>778</sup> BVerfGE 30, 1 [27], loc. Cit. Essa idéia de vinculação de vulneração à dignidade à ocorrência de “tratamento desprezível” (*verächtliche Behandlung*), todavia, não foi aceita por todos os juízes, havendo manifestação dissidente no sentido de que o ser humano deve ser respeitado por seu valor intrínseco e não poderia “ser tratado impessoalmente, como um objeto, mesmo que isso não suceda por desprezo pelo valor da pessoa humana, mas ‘com boa intenção’” *Apud* MARTINS, Leonardo; SCHWAB, Jürgen, **Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão**, p. 182. No mesmo sentido, ponderam Pieroth e Schlink que “esta tentativa de precisão não é convincente: será que a par do ilícito “menosprezo arbitrário da dignidade do ser humano” deve ser permitido um menosprezo não arbitrário da dignidade da pessoa humana? O que de maneira razoável se pretenderá dizer com a exigência de que o tratamento terá de ser “expressão” do desprezo pelo valor da pessoa humana?” PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard, **Direitos fundamentais**, §7º, n. 376.

<sup>779</sup> BVerfGE 30, 173 (1971). Disponível em <http://www.servat.unibe.ch/dfr/>

<sup>780</sup> BVerfGE 30, 173 [59] (1971). Loc. Cit.

<sup>781</sup> BVerfGE 30, 173 [59,60] *apud* MARTINS, Leonardo; SCHWAB, Jürgen, **Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão**, p. 499.

<sup>782</sup> BVerfGE 4, 7 (1954). Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv004007.html>

<sup>783</sup> BVerfGE 45, 187 (1977) *Apud* MARTINS, Leonardo; SCHWAB, Jürgen, **Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão**, p. 182

prisão perpétua para o homicídio qualificado, o Tribunal estabeleceu a dignidade como o direito do indivíduo de, “em liberdade, determinar-se a si mesmo e se desenvolver” dentro dos limites da vida em sociedade. Entende que a “liberdade, dentro do significado da Lei Fundamental, não é aquela de um indivíduo isolado e auto-referente, mas aquela de uma pessoa relacionada e ligada à comunidade”. Isso justifica a imposição de limites à liberdade “no interesse da vida social da comunidade”, sempre respeitada, todavia, sua autonomia como membro dotado de iguais valor intrínseco e direitos.<sup>784</sup>

Dentro da concepção kantiana de não instrumentalização do ser humano<sup>785</sup>, estabelece novamente a dignidade como valor jurídico supremo do ordenamento constitucional<sup>786</sup>, mas também como conceito histórico-cultural.<sup>787</sup> A partir dessas premissas, o Tribunal Constitucional alemão derivou da cláusula de proteção da dignidade a necessidade de previsão legal para que o condenado tenha oportunidade alcançar a liberdade eventualmente, por meio de uma suspensão da execução do resto da pena. Somente assim se preservaria a autonomia do condenado, na medida em que ele ainda pudesse alterar o curso de sua vida por meio de condutas que demonstrassem sua habilidade de retornar à sociedade<sup>788</sup>.

A dignidade da pessoa humana também foi argumento central na discussão jurisprudencial do aborto, vedado pelo BVerfG no caso Aborto I (*Schwangerschaftsabbruch I*) sob o argumento de proteção da dignidade do nascituro, salvo quando “necessário para evitar um perigo para a vida da gestante ou o perigo de dano grave ao seu estado de saúde, desde que esse perigo não possa ser evitado de qualquer outra forma”.<sup>789</sup> Tal entendimento foi posteriormente confirmado no caso Aborto II (*Schwangerschaftsabbruch II*), ao se afirmar que, apesar da inegável conexão entre ambos, cumpre ao Estado a proteção da vida do nascimento mesmo em face de sua mãe, e essa proteção “somente é possível se o legislador por princípio proibir à mãe a interrupção da gestação, impondo-lhe, assim, o dever jurídico fundamental de

---

<sup>784</sup> BVerfGE 45, 187 [144]. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv045187.html>.

<sup>785</sup> Ibidem, loc. Cit.

<sup>786</sup> BVerfGE 45, 187 [227], loc. Cit.

<sup>787</sup> Dispõe o julgado: “Não se pode perder de vista que a dignidade da pessoa humana é algo irrenunciável, mas o reconhecimento daquilo que é exigido pelo postulado que impõe a sua observância e respeito não pode ser desvinculado da evolução histórica. (...) O julgamento sobre o que corresponde à dignidade da pessoa humana, repousa necessariamente sobre o estado vigente do conhecimento e compreensão e não possui uma pretensão de validade indeterminada”. BVerfGE 45, 187 [146] *apud* SARLET, Ingo W. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 15-44.

<sup>788</sup> BVerfGE 45, 187 [228]

<sup>789</sup> BVerfGE 39, 1 [55] (1974) Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv039001.html>.



gerar o filho até seu nascimento”, sendo ambos “dois elementos inseparáveis da proteção constitucionalmente exigida”.<sup>790</sup>

Mais recentemente, o mesmo BVerfG diz ferir a dignidade humana e a autonomia a ela ínsita o fato de que um transexual - após a realização de cirurgia de mudança de sexo - não possa alterar seus registros pessoais, sob a argumentação de que sob o argumento da existência de um direito à autodeterminação sexual (*sexuelle Selbstbestimmung*), que garante a autonomia do ser humano de dispor de sua esfera íntima como bem entender.<sup>791</sup> No mesmo contexto, o Tribunal estabeleceu a plena igualdade entre o casamento e a união entre pessoas do mesmo sexo, garantindo a ambos os institutos as mesmas prerrogativas no campo de direito de família, tributário e sucessório.<sup>792</sup>

O tema da dignidade da pessoa humana também foi foco central do julgamento do caso Lei de Segurança da Aviação (*Luftsicherheitsgesetz*), que, em reação aos atentados de 11 de setembro, autorizava o Ministro da Defesa a determinar o abate de aviões de passageiros seqüestrados caso houvesse fundado receio de que ele fosse usado como arma contra a vida da população.<sup>793</sup> Nesse caso, o BVerfG entendeu que a permissão do abate de aeronaves em situações em que houvesse pessoas inocentes à bordo, prevista no § 14, n. 3 da referida norma, viola a dignidade desses últimos, uma vez que seriam tratados como objeto tanto pelos terroristas - que os usariam como arma - como pelo próprio Estado, que os usariam como objeto em sua operação de resgate para a proteção de outros. Embora reconheça que o significado concreto da obrigação de proteção da dignidade da pessoa humana “não pode ser definitivamente determinado de uma vez por todas”<sup>794</sup>, conclui o julgado que:

Ao usar sua morte como meio para salvar outros, eles [os passageiros] são tratados como objetos e ao mesmo tempo privados de seus direitos; com suas vidas sendo descartadas unilateralmente pelo Estado, às pessoas a bordo da aeronave, que, como vítimas, estão eles próprios na necessidade de proteção, é negado o valor extrínseco que é devido a um ser humano.<sup>795</sup>

---

<sup>790</sup> BVerfGE 88, 203 [153, 154] (1992). Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv088203.html>.

<sup>791</sup> BVerfG, 1BvL 10/05 (2008). Disponível em: [http://www.BVerfG.de/entscheidungen/lis20080527\\_1bv1001005.html](http://www.BVerfG.de/entscheidungen/lis20080527_1bv1001005.html)

<sup>792</sup> BVerfG, 1BvR 164/07 (2009); 1 BvR 611/07 (2010). Disponível em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de>

<sup>793</sup> BVerfGE 115,118 (2005). Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv115118.html>.

<sup>794</sup> BVerfGE 115,118 [119] Loc. Cit

<sup>795</sup> BVerfGE 115,118 [122]. Loc. Cit. Segundo Habermas, “essas palavras da corte ecoam de forma inofismável o imperativo categórico de Kant. O respeito pela dignidade de todas as pessoas proíbe o Estado de se utilizar de qualquer indivíduo meramente como meio para outros fins, mesmo que esse fim

Do exame pontual e exemplificativo da jurisprudência constitucional do Tribunal Constitucional alemão no tocante à dignidade da pessoa humana, é possível inferir-se que a proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, n.1, GG) é considerada a partir da tradição kantiana, a qual se remete de forma mais ou menos explícita conforme o caso, derivando dela o direito de autodeterminação e de autonomia do sujeito nas escolhas dos próprios propósitos e objetivos, bem como na consecução dos mesmos<sup>796</sup>, ainda que considerado dentro de um contexto comunitário. A dignidade é tida como norma que estabelece exigências para o Estado, informa o alcance e o significado de todos os direitos e garantias do ordenamento constitucional e, essencialmente, dá substância e espírito à Lei Fundamental.<sup>797</sup>

No campo prestacional, todavia, o BVerfG originalmente se absteve de derivar do art. 1º, n. 1, da Lei Fundamental uma obrigação positiva do Estado de outorgar prestações em casos de necessidade material. Ao examinar alegação de que uma pensão previdenciária teria valor insuficiente para a satisfação de necessidades básicas de uma família, afirmou que a noção de que a inviolabilidade da dignidade humana prevista na Lei Fundamental teria como objetivo servir “de escudo contra ataques negativos” e que o dever de proteção e respeito imposto ao Estado não abrangeria a “proteção contra pobreza material, mas proteção contra ataques à dignidade da pessoa humana por terceiros”.<sup>798</sup>

Esse posicionamento, criticado por Otto Bachof<sup>799</sup>, também encontrou resistência na jurisprudência do Tribunal Federal Administrativo da Alemanha (*Bundesverwaltungsgericht* – BVerwG), o qual - justamente com base no princípio da proteção da dignidade da pessoa humana, sistematicamente interpretado em conjunto com o princípio do Estado Social - reconheceu o direito fundamental subjetivo do indivíduo carente a auxílio material por parte

---

seja salvar a vida de várias outras pessoas”. HABERMAS, Jürgen. **The crisis of the European Union: a response**. Cambridge: Polity Press, 2012, p. 73.

<sup>796</sup> PIEROTH, B.; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. Série IDP. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>797</sup> KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russel A. **The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. 3 ed. Durham, Duke University Press, 2012, p. 298. Sobre o contexto alemão, observa Benda que “a dignidade humana não é respeitada porque a Constituição determina, mas porque a ordem política e social provê o clima e o ambiente cultural que evita qualquer repetição do que aconteceu antes deste tempo em nosso país e que ainda acontece, infelizmente, em outras partes do mundo”. BENDA, Ernst. The protection of human dignity: Article 1 of the Basic Law. **Southern Methodist University Law Review**, n. 53, 2000, p. 453 .

<sup>798</sup> BVerfGE 1, 97 [35] (1951). Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv001097.html> .

<sup>799</sup> BACHOF, Otto. Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats. In: **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDSTRL)** n. 37. Berlin: de Gruyter, 1954, p. 38–39.

do Estado para a garantia de condições mínimas de existência, cuja extensão deveria ser aferida de acordo com as peculiaridades do caso concreto.<sup>800</sup>

Entretanto, esse posicionamento foi revisto pelo BVerfG a partir do caso *Pensão de Órfãos II (Waisenrente II)*<sup>801</sup>. Nesse precedente, embora reconheça a existência de múltiplas possibilidades de se realizar a proteção devida, que se encontra no campo de liberdade de conformação do legislador dentro dos recursos disponíveis, o BVerfG estabelece um dever geral de proteção decorrente do Estado Social, voltado a preservar as condições mínimas para uma existência humanamente digna, que não termina em razão de determinado limite de idade. Apesar de ter concluído pela constitucionalidade de lei que limitava o pagamento de pensão até os 25 (vinte e cinco) anos de idade mesmo de órfãos portadores de deficiência física ou mental, afirma expressamente que “a comunidade estatal deve assegurar-lhes pelo menos as condições mínimas para uma existência digna e envidar os esforços necessários para integrar estas pessoas na comunidades..”<sup>802</sup>.

Há de se observar ainda que o princípio do Estado Social (art. 20, n. 1, LF) no campo prestacional é tradicionalmente interpretado pelo BVerfG como um princípio fundamental que obriga a uma harmonização das contradições sociais<sup>803</sup> e mandado objetivo para que o legislador proteja os segmentos mais necessitados da população.<sup>804</sup> Logo, não obstante o reconheça, em regra, como uma ordem abstrata, endereçada ao legislador<sup>805</sup>, a quem deve ser garantida ampla liberdade de conformação<sup>806</sup>, o BVerfG adota os princípios constitucionais da proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1, n. 1, GG) e do Estado Social (art. 20, n. 1, GG) como parâmetros para estabelecer o dever estatal de preservar e promover “as premissas básicas da existência individual e social do ser humano”, do qual

---

<sup>800</sup> BVerwGE 1, 159 (1954). In: KRELL, Andréas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 63 e ss.

<sup>801</sup> BverGE 40, 121 (1975). Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv040121.html>

<sup>802</sup> BverGE 40, 121 [44] (1975), loc. cit. . Em sentido similar, cf. também BVerfGE 82, 60 (1990); BVerfGE 87, 153 (1992). MARTINS, Leonardo; SCHWAB, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão**, p. 778

<sup>803</sup> BVerfGE 6, 32; BVerfGE 8, 155; BVerfGE 22, 138. In: MARTINS, Leonardo; SCHWAB, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 190.

<sup>804</sup> BVerfGE 5, 85 [198] (1956); BVerfGE 3, 377 (1954); BVerfGE 35, 202 (1973); BVerfGE 56, 139 (1991); BVerfGE 100, 271 (1999); *ibidem*, *passim*.

<sup>805</sup> BVerfGE 50, 57 [108]; BVerfGE 1, 97 (1951); BVerfGE 27, 253 (1969); BVerfGE 94, 241 (1996); BVerfGE 102, 254 (2000) *Ibidem*, p. 834.

<sup>806</sup> BVerfGE 1, 97 (1951); BVerfGE 22, 180 (1967); BVerfGE 82, 60 (1990); *Ibidem*, p. 835.

deriva a obrigação de garantir o mínimo necessário para que se configure uma existência humana digna.”<sup>807</sup>

Na esteira desse posicionamento, o BVerfG estabelece que essa garantia deve ser concretizada a partir da percepção da dignidade como liberdade negativa<sup>808</sup> - como no caso de isenção tributária para os gastos familiares referentes à educação e cuidados com crianças e adolescentes<sup>809</sup> - mas também por ações materiais de natureza prestacional. Desse modo, o princípio do Estado Social fixa a tarefa estatal de "assegurar à população cuidados hospitalares e custos socialmente aceitáveis"<sup>810</sup>, bem como prestações que superem a mera sobrevivência individual para estabelecer provisões de alimentação, moradia, aquecimento, energia elétrica, dentre outras necessárias para a manutenção de uma vida digna.<sup>811</sup>

Tal posicionamento, todavia, não traduz uma concepção individualista ou ilimitada do papel prestacional do Estado. Como visto anteriormente, o conceito social de dignidade e a escassez material inerente à atividade prestacional são noções consideradas pelo BVerfG desde o renomado caso *Numerus Clausus*<sup>812</sup>, que é tido como origem da difundida construção teórica da “reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*), compreendida como aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, notadamente no que diz respeito à capacidade financeira do Estado.<sup>813</sup>

Nesse sentido, no caso Isenção de Substância (*Steuerfreies Existenzminimum*)<sup>814</sup>, o Tribunal fixa claramente o dever estatal - derivado do arts. 1, n.1 e 20, n. 1 da Lei Fundamental - de "estabelecer condições mínimas para uma vida digna" para "cidadãos carentes", garantidas "se necessário, por meio de "serviços sociais".<sup>815</sup> Ao fazer isso por isenções tributárias, porém, a reserva do possível é considerada ao se ter como constitucional

---

<sup>807</sup> BVerfGE 45, 187 [145] (1977). Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv045187.html>.

<sup>808</sup> Cf. Título VI, Cap. III, 3.

<sup>809</sup> No caso Alívio Familiar II (*Familienlastenausgleich II*) o BVerfG afirma que as necessidades particulares das crianças e dos adolescentes, relacionados com seu crescimento e desenvolvimento, fazem parte de um "requerimento mínimo para uma vida digna", razão pela qual as despesas referentes aos cuidados a ele devotados pelos pais devem ser considerados na legislação de imposto de renda para fins de isenção BVerfGE 99, 216 [67, 68] (1998) Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv099216.html>. Sobre o julgado, cf. KOUTNATZIS, Stylianos-Ioannis G. Social rights as a constitutional compromise: lessons from comparative experience. **Columbia Journal of Transnational Law**. Vol. 44, 2005, p. 124.

<sup>810</sup> BVerfGE 53, 366 [180] (1980) Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv053366.html>.

<sup>811</sup> Cf., dentre outros, BVerfGE 66, 248 (1984); BVerfGE 82, 60 (1990); BVerfGE 87, 153 (1992); BVerfGE 99, 216 (1998); Disponíveis em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr>

<sup>812</sup> BVerfGE 33, 303 (1972) Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv0033303.html>

<sup>813</sup> Sobre o tema, cf. Título IV, Cap. II, 3

<sup>814</sup> BVerfGE 82, 60 (1990). Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv082060.html>

<sup>815</sup> BVerfGE 82, 60 [103] (1990).

a exclusão de isenção de imposto de renda sobre gastos que excedam esse parâmetro mínimo, sobretudo em famílias de renda mais elevada.

Do mesmo modo, mesmo ao possibilitar o cômputo do tempo gasto na educação dos filhos para fins de aposentadoria, ainda que sem a respectiva contribuição - cf. caso denominado Mulheres das Ruínas (*Trümmerfrauen*)<sup>816</sup> - o Tribunal é expresso ao afirmar que "o suporte estatal às famílias por serviços financeiros é sujeita à reserva do possível nos termos do que o indivíduo pode razoavelmente exigir". Segue mencionando que "o legislador deve ter em consideração os interesses do bem comum (...) e outras preocupações comunitárias na sua gestão orçamentária, dando atenção ao funcionamento e balanceamento do todo".<sup>817</sup>

No caso Contribuições de Jardim de Infância (*Kindergartenbeiträge*)<sup>818</sup>, por sua vez, o BVerfG reconhece a possibilidade do Estado cobrar taxas para o uso de creches, escalonando seu valor de acordo com a renda familiar e o número de filhos de cada familiar, fixando tal critério como legítimo por se tratar de razão objetiva que preserva a igualdade material. Ademais, a Lei Fundamental "não sugere que as taxas para o uso de serviços estatais devam ser concebidas, sem exceção, independentemente da renda. Sob a perspectiva de igualdade, a questão deve ser resolvida pela avaliação legislativa quanto à adequação da graduação".<sup>819</sup>

No precedente Seguros de Assistência III (*Pflegeversicherung III*)<sup>820</sup>, no qual se discutia a não consideração dos cuidados e educação infantil na determinação do cálculo da contribuição para a seguridade social voltada para os cuidados com os idosos, o Tribunal afirma a existência da noção de solidariedade social, razão pela qual os benefícios concedidos a idosos sem filhos que necessitem de cuidados de longo prazo devem ser suportados também pelos contribuintes com filhos.<sup>821</sup> Ao mesmo tempo, expressa novamente que o dever estatal de proteção da família (art. 6, n. 1, GG), inclusive por meios materiais "está sujeita à reserva do possível", considerada a proporcionalidade à luz dos interesses comunitários.<sup>822</sup>

Já no caso Lei de Compensação de Vítimas (*Opferentschädigungsgesetz*)<sup>823</sup>, o Tribunal estabeleceu que a pensão devida aos órfãos de vítimas de crimes violentos não pode ser

---

<sup>816</sup> BVerfGE 87, 1 (1992). <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv087001.html>

<sup>817</sup> BVerfGE 87, 1 [122] (1992), loc. cit. .

<sup>818</sup> BVerfGE 97, 332 (1998). Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv097332.html>

<sup>819</sup> BVerfGE 97, 332 [42, 44] (1998). loc. cit. .

<sup>820</sup> BVerfGE 103, 242 (2001). Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv103242.html>

<sup>821</sup> BVerfGE 103, 242 [3, 15] (2001). Loc. cit.

<sup>822</sup> BVerfGE 103, 242 [45] (2001). Loc. cit

<sup>823</sup> BVerfGE 112, 50 (2004). Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv112050.html>

negada a filhos ilegítimos, uma vez que haveria violação da igualdade e da proporcionalidade na diferenciação legislativa que "mantém a pensão fundamentada na Lei de Compensação de Vítimas para [filhos de] pais casados em detrimento de [filhos de ] pais não casados"<sup>824</sup>. Todavia, ressalva caber ao legislador o exercício da discricionariedade de fixar os demais critérios das prestações, como, por exemplo, "não conceder ao cônjuge sobrevivente sua própria pensão", dentre do juízo de que "a perda financeira para o pai sobrevivente de um filho ilegítimo não é grande o suficiente para acionar uma obrigação constitucional de prestar tal benefício".<sup>825</sup>

A mais recente construção jurisprudencial da atividade prestacional do Estado no ordenamento constitucional alemão encontra no caso *Hartz IV*<sup>826</sup> uma importante contribuição. Por sua abrangência temática e densidade argumentativa, o referido precedente merece especial destaque neste exame.

Na hipótese, discutiu-se as alterações no sistema de seguridade social alemão introduzidas pela legislação conhecida como Hartz IV, referentes às regras do seguro-desemprego (*Arbeitslosenhilfe*) e aos benefícios sociais previstos no Segundo Livro do Código de Legislação Social (*Sozialgesetzbuch Zweites Buch* – SGB II). Ao regulamentar o valor dos benefícios de subsistência (§§ 20 e 28, SGB II), de moradia e de aquecimento, a legislação restringiu seu pagamento àqueles que não poderiam arcar com sua própria subsistência e previu seu valor em €345,00 (trezentos e quarenta e cinco euros).

O valor devido aos demais componentes do grupo familiar estabelecido a partir de percentual de tal montante, sendo destinado 60% (sessenta por cento) desse valor a crianças menores de 14 (quatorze) anos e 80% (oitenta por cento) para adolescentes entre 15 (quinze) e 18 (dezoito) anos.<sup>827</sup> O valor percentual atribuído a crianças menores de 14 (quatorze), que totalizava €207,00 (duzentos e sete euros), foi impugnado sob argumento de que sua estipulação seria arbitrária e seu montante insuficiente para arcar com o mínimo para sua existência à luz dos ditames da Lei Fundamental.

Ao apreciar a questão, o BVerfG reafirma a prerrogativa do legislador de fixar o conteúdo e extensão da atividade prestacional do Estado, condicionado, porém, à fixação de regras racionais, transparentes e proporcionais. Nesses termos, embora seja possível e até recomendável estabelecer as regras de cálculos dos benefícios na legislação Hartz IV (§ 23, n.

---

<sup>824</sup> BVerfGE 112, 50 [62] (2004). Loc. cit.

<sup>825</sup> BVerfGE 112, 50 [52] (2004). Loc. cit. .

<sup>826</sup> BVerfGE 125, 175 (2010). Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv125175.html>

<sup>827</sup> BVerfGE 125, 175 [3-6] (2010), loc. cit.

3, SGB II) dentro de um modelo estatístico baseado no "gasto de consumo de lares nos grupos de menor poder aquisitivo" em detrimento do regime anterior de "cálculo baseado numa cesta de bens e serviços indispensáveis"<sup>828</sup>, o Tribunal reconheceu, no caso concreto, que o modo de cálculo - que levou à redução dos valores pagos<sup>829</sup> - era inconstitucional por não atender ao dever do legislador de "mensurar todas as despesas necessárias para vida em um processo transparente, rápido, realista e compreensível, com base em dados confiáveis e método de cálculo consistente".<sup>830</sup> Para isso, determinou um prazo para que o legislador alterasse o modo como os auxílios são calculados.<sup>831</sup>

Tal ordem foi baseada em longas considerações acerca do papel da dignidade da pessoa humana e do princípio do Estado Social na determinação de um dever constitucional de garantia de um mínimo existencial por parte do Estado. Baseado na concepção de dignidade como determinante de um dever de respeito e proteção inclusive mediante intervenções positivas do Estado, atesta caber "ao Estado, no cumprimento de sua missão de proteger a dignidade humana e de desempenhar seu modelo de bem-estar, assegurar que condições materiais para os necessitados estejam disponíveis".<sup>832</sup>

Embora diga que essa tarefa aplica-se somente "àqueles recursos que sejam essenciais para uma existência digna", reconhece como tais não somente recursos voltados "à existência física do homem, como comida, vestuário, moradia, aquecimento, higiene e saúde", mas também "àqueles que garantem a gestão de relacionamentos interpessoais e um nível mínimo de participação na vida social, cultural e política". Afirma, assim, a idéia de dignidade social ao dizer que "o ser humano, como pessoa, existe necessariamente nas relações sociais".<sup>833</sup>

Segue o julgado para firmar a garantia subjetiva de um mínimo existencial, condicionada, porém, pelos princípios democrático e o da legalidade, à existência de norma legal, pois "é dever do legislador tomar as providências necessárias para a realização de direitos fundamentais", o que é "especialmente verdadeiro quando se trata de assegurar a dignidade e existência humanas". Ressalta ainda essa atribuição do legislador em razão "das

---

<sup>828</sup> BVerfGE 125, 175 [165-166] (2010), loc. cit.

<sup>829</sup> BVerfGE 125, 175 [58-66] (2010), loc. cit.

<sup>830</sup> BVerfGE 125, 175 [n.3, 139] (2010), loc. cit.

<sup>831</sup> BVerfGE 125, 175 [219] (2010), loc. cit.

<sup>832</sup> BVerfGE 125, 175 [133] (2010), loc. cit. .

<sup>833</sup> BVerfGE 125, 175 [135] (2010), loc. cit. .

significativas implicações financeiras para o orçamento público" derivadas dessa garantia estatal.<sup>834</sup>

Os requisitos necessários para uma vida digna não derivam diretamente da Lei Fundamental. Os tipos de necessidades e recursos dependem de uma prognose social e concreta das condições de vida atual dos necessitados, bem como das condições econômicas e técnicas presentes. Cabe então ao legislador, considerados esses fatores, consubstanciar legalmente direitos a benefícios - sejam eles em dinheiro, bens ou serviços - bem como seu escopo, desde que "assegure a existência física da pessoa em necessidade e ainda (...) sua habilidade de participar na vida social".<sup>835</sup>

O BVerfG prescreve o dever do legislador de "monitorar e desenvolver continuamente" o resultado dessa prognose, devendo ser capaz de "responder a mudanças nas condições econômicas, como aumento de preços e de tributos sobre o consumo, de forma rápida e apta a garantir o atendimento das necessidades presentes em todos os momentos".<sup>836</sup> Destarte, afirma a "proteção de direitos fundamentais estende-se também ao método de determinação do sentido de subsistência", sendo necessário uma "adequada definição do alcance dos serviços prestacionais legais e de sua revisão judicial, baseada em fatos confiáveis e métodos racionais". Considerando que "o direito fundamental a uma subsistência digna não pode ser mensurado" de forma objetiva, cabe ao Poder Judiciário controlar se o Legislativo vem cumprindo seu papel de forma justa e razoável, razão pela qual constitui obrigação desse último "apresentar de forma clara (...) os passos utilizados no processo legislativo para determinar o mínimo para existência", sob pena de inconstitucionalidade.<sup>837</sup>

Seguindo expressamente a linha teórica desenvolvida no caso Hartz IV, cumpre mencionar, finalmente, o recente caso dos Requerentes de Asilo (*Asylbewerber*)<sup>838</sup>. Na questão, o BVerfG afirma a inconstitucionalidade das prestações assistenciais estabelecidas pela Lei de Benefícios aos Requerentes de Asilo (*Asylbewerberleistungsgesetz*) a estrangeiros que, embora não possam ser deportados, não possuem direito a permanência ou residência na Alemanha.<sup>839</sup> Tal conclusão deriva justamente da falha do legislador em atualizar seu valor desde 1993, o

---

<sup>834</sup> BVerfGE 125, 175 [136] (2010), loc. cit. .

<sup>835</sup> BVerfGE 125, 175 [137-138] (2010), loc. cit. .

<sup>836</sup> BVerfGE 125, 175 [139] (2010), loc. cit. .

<sup>837</sup> BVerfGE 125, 175 [142-143] (2010), loc. cit. .

<sup>838</sup> BVerfG, 1 BvL 10/10 (2012). Disponível em: [https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/\\_ls20120718\\_1bvl001010.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/_ls20120718_1bvl001010.html)

<sup>839</sup> BVerfG, 1 BvL 10/10[7] (2012). loc. cit.



que denota sua "evidente insuficiência para garantir uma subsistência digna" para o qual é voltado<sup>840</sup> e ainda que seu valor não é "calculado nem de forma compreensível nem realista", pois não leva em conta "as necessidades atuais" ou "base de dados confiáveis", sendo baseado, à época, "em meras estimativas de custo".<sup>841</sup>

Diz o Tribunal que uma eventual distinção legislativa entre certos grupos de pessoas para fins de determinação do que seria o mínimo para existência não pode ser feito "com base no simples critério de status de residência", mas somente por meio de um critério transparente e lógico de justificação com base em diferenças nas necessidades específicas de cada grupo. Ademais, "deve-se presumir que requerentes de asilo têm possivelmente necessidades específicas e maiores em comparação com cidadãos alemães"<sup>842</sup>

Diante disso, concluiu que a garantia de um rendimento mínimo para viver é derivado da dignidade da pessoa humana que, aliada ao Estado Social, aplica-se a todos, de modo que "cidadãos estrangeiros não perdem sua importância como indivíduos sociais pelo fato que eles deixaram seus países e pararam na República Federal da Alemanha". Assim, eventuais interesses de evitar incentivos à imigração por meio de manutenção do baixo valor dos benefícios para requerentes de asilo e refugiados não tem o condão de relativizar a garantia da dignidade humana (art. 1, n. 1, GG).<sup>843</sup>

A profundidade e diversidade da discussão doutrinária sobre a atividade prestacional do Estado aliada à ponderada construção jurisprudencial do BVerfG colaboram para a constatação de que ausência de prestações expressas na Lei Fundamental não impede o reconhecimento da obrigação constitucional do Estado alemão de atender, por meio da legislação infraconstitucional, os anseios materiais da população. Assim, à luz da proteção à dignidade da pessoa humana e do princípio do Estado Social, o Estado não poder deixar que o indivíduo que seja sujeito a condições sociais especialmente gravosas seja também desprovido de condições mínimas que assegurem sua existência digna, inclusive no campo de suas interações sócio-culturais.

Isso não implica a compreensão de prestações ilimitadas, pois, desde o caso *Numerus Clausus*, a noção de reserva do possível é firmemente presente na jurisprudência. Todavia, ela também afirma que a constitucionalidade dos limites estabelecidos pelo legislador em

---

<sup>840</sup> BVerG, 1 BvL 10/10[17] (2012). loc. cit

<sup>841</sup> BVerG, 1 BvL 10/10[106-107/116] (2012). loc. cit .

<sup>842</sup> BVerG, 1 BvL 10/10[79/99] (2012). loc. cit .

<sup>843</sup> BVerG, 1 BvL 10/10[120,121] (2012). loc. cit .

interesses da comunidade é sempre sujeita à demonstração clara e razoável da existência e da relevância das contingências técnicas e financeiras que as justifiquem. Nesse termos, a Alemanha “ultrapassa nas suas finalidades e pretensões o modelo do clássico *Welfare State* e procura a harmonia entre, num lado, idéias liberais de uma economia livre e, no outro, a igualdade de chances e a distribuição de riquezas”<sup>844</sup>, o que faz com que a experiência alemã seja um paradigma orientador para a doutrina e para a jurisprudência de outros países.

### 3 PORTUGAL

Ao se abordar a classificação dogmática dos direitos fundamentais, destacou-se a marcante orientação da doutrina portuguesa por uma concepção dualista de direitos fundamentais, na qual os direitos prestacionais estariam inseridos na categoria de direitos sociais. Tais direitos, por sua vez, seriam direitos “fracos” ou mesmo simples aspirações constitucionais absolutamente dependentes da vontade política de concretização legislativa e da discricionariedade do gestor público.<sup>845</sup>

Essa defesa de uma dicotomia de regimes jurídicos entre os direitos sociais e os direitos de liberdade no âmbito português é natural decorrência da sistemática formal adotada pela Constituição portuguesa de 1976 (CRP). O ordenamento constitucional português trata dos direitos fundamentais em sua Parte I, uma das mais densas e extensas (art. 12 a 79, CRP), mas estabelece a previsão dos “direitos de liberdade” e dos “direitos sociais” em títulos diversos (II e III, respectivamente). Nesses termos, apesar do generoso compromisso constitucional com direitos fundamentais prestacionais<sup>846</sup>, afirma-se, por força da regra do art. 18 da CRP, que apenas os direitos de liberdade teriam força normativa plena e eficácia imediata e, por essa razão, tais direitos teriam primado sobre os denominados direitos sociais, inclusive no que tange à atenção que devem receber da doutrina especializada.<sup>847</sup>

---

<sup>844</sup> KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo W. (org.) **A Constituição concretizada**, p. 37.

<sup>845</sup> Cf. Título III, Cap. II, 1.

<sup>846</sup> Em estudo comparado realizado por Ben-Bassat e Momi Dahan com base chamam de “índice de comprometimento constitucional” com os direitos sociais de sessenta e oito países, os autores classificam a Constituição portuguesa de 1976 no primeiro posto no ranking, superando a Constituição Federal brasileira de 1988, que aparece logo a seguir, no segundo lugar. BEN-BASSAT, Avi; DAHAN, Momi Social rights in the Constitution and in practice. **Journal of Comparative Economics**, Vol. 36, n. 1, mar/2008, p. 103–119. Disponível em: <http://www.sciencedirect.com/science/journal/01475967/36/1>.

<sup>847</sup> FREITAS, Tiago Fidalgo de. FREITAS, Tiago Fidalgo de. O princípio da proibição do retrocesso social. In: **Estudos em homenagem ao professor doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento**. V. II. Coimbra, Coimbra Ed., 2006, p. 785.

Apesar de majoritário, esse entendimento encontra importante e bem fundada resistência doutrinária, a qual - embora já noticiada quando da defesa da tese dos direitos fundamentais como um todo<sup>848</sup> - merece nova vista. Do ponto de vista da positivação formal, nota Jorge Reis Novais que o ordenamento constitucional português prevê, no título reservado aos “direitos económicos, sociais e culturais” e noutras partes, direitos de liberdade, enquanto direitos cuja estrutura coaduna-se com a visão de direitos sociais são contidos no título reservado aos “direitos, liberdades e garantias”.<sup>849</sup> Ao mesmo tempo, a Constituição portuguesa chega a tipificar direitos em ambas as categorias, como é o caso do direito fundamental à cultura, previsto tanto no Título II (art. 42, CRP) quanto no Título III (arts. 73 e 78, CRP), dificultando uma diferenciação de regime jurídico a partir de sua sistematização formal.<sup>850</sup> Tal problema, aliás, foi antevisto pelo próprio legislador constitucional, que estabeleceu expressamente uma extensão do regime jurídico dos “direitos, liberdades e garantias” ao que se refere como “direitos fundamentais de natureza análoga” (art. 17, CRP), buscando um critério material para determinação do regime jurídico dos direitos fundamentais.<sup>851</sup>

Todavia, a presença de uma dimensão defensiva e prestacional em todos os direitos fundamentais dificulta também tal critério, em face da também já defendida impossibilidade de aceitação de uma dicotomia essencial dos direitos fundamentais.<sup>852</sup> Com base nesses argumentos, assevera Vasco Pereira da Silva que a dicotomia tão presente na discussão portuguesa dos direitos fundamentais “é mais uma construção doutrinária do que uma exigência constitucional”.<sup>853</sup>

---

<sup>848</sup> Cf. Título III, Cap. II, 3

<sup>849</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**, p. 333.

<sup>850</sup> SILVA, Vasco P. da. **Verde cor de Direito**, p. 133 e ss.

<sup>851</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**, p. 334.

<sup>852</sup> Sobre o tema, leciona Vasco Pereira da Silva: “a ‘incomodidade’ decorrente do facto de se criarem regimes jurídicos distintos para realidades estruturalmente idênticas, ainda que com graus diferentes de predominância das respectivas dimensões subjectiva e objectiva, parece ter sido sentida tanto pelo legislador como pela doutrina, que a procurou superar através do recurso aos “direitos fundamentais de natureza análoga”, aos quais se aplicaria o regime jurídico dos direitos, liberdades e garantias (artigo 17º da Constituição). Tratar-se-ia, portanto, de direitos fundamentais – leia-se: direitos económicos, sociais e culturais – que eram simultaneamente distintos e análogos dos direitos, liberdades e garantias. Sem que ninguém fosse muito bem capaz de esclarecer onde é que residia a analogia, nem quais os padrões a comparar, nem sequer os critérios utilizáveis de determinação da identidade ou da diferença”. SILVA, Vasco P. da. **Verde cor de Direito**, p. 101.

<sup>853</sup> SILVA, Vasco Pereira da. “Todos diferentes, todos iguais”: breves considerações acerca da natureza jurídica dos direitos fundamentais. **Direitos fundamentais & Justiça**, p. 45. Exemplificando essa afirmação, observa Jorge Reis Novais: “se a Constituição contém um conjunto de princípios gerais que manda aplicar aos “direitos fundamentais” (por exemplo, os artigos 12º e 13º), logo, incluindo, de acordo com a clara sistematização constitucional, direitos de liberdade e direitos sociais, e, depois, enumera

Diante disso, mostra-se essencial investigar de que forma a jurisprudência do Tribunal Constitucional português (TC), dentro de sua missão de “administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional” (art. 221, CRP)<sup>854</sup>, interpreta a dignidade da pessoa humana e sua função na atividade prestacional do Estado.

O conceito de constitucional da dignidade da pessoa humana como base da República portuguesa (art. 1º, CRP) é claramente reafirmado pela jurisprudência do TC na medida em que a reconhece como “princípio estrutural da República”<sup>855</sup> que serve de guia para a “actuação do Estado de direito democrático”<sup>856</sup> e “valor supremo”<sup>857</sup> que serve de “vector axiológico estrutural da própria Constituição”<sup>858</sup>.

Ao tratar do tema, tem-se como *leading case* do TC o Acórdão n. 105/90<sup>859</sup>, referente à discussão da constitucionalidade das regras acerca de desnecessidade de mútuo

---

alguns princípios aplicáveis a "direitos, liberdades e garantias" (por exemplo, os artigos 18º e 19º), a conclusão lógica será a de que estes últimos não seriam aplicáveis aos direitos sociais, pois, de outro modo, a Constituição tê-los-ia tratado como aos primeiros princípios, ou seja, referidos como aplicáveis a todos os direitos fundamentais. Porém, esta conclusão imediatamente se revela insustentável quando, por exemplo, o intérprete se confronta com uma norma como a do artigo 19º, segundo a qual os direitos, liberdades e garantias não podem ser suspensos, a não ser, excepcionalmente, em situação de estado de sítio. De acordo com a lógica referida, tal significaria que este princípio fosse exclusivamente aplicável a direitos, liberdades ou garantias. Mas é esta garantia exclusiva dos direitos de liberdade? Poderão os direitos sociais ser suspensos por decisão dos poderes públicos? Pode um qualquer direito fundamental ser suspenso? Se a Assembleia da República ou o Governo, conjunta ou separadamente, decidissem suspender o direito à protecção da saúde ou o direito à habitação, não constituiria tal uma inconstitucionalidade gravíssima e patente?” NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**, p. 334

<sup>854</sup> Sobre a posição do TC no panorama constitucional português, vale colher a lição de Avelãs Nunes: “Em Portugal, o Tribunal Constitucional está integrado no sistema político (no sistema de órgãos do poder político) como um *tribunal*, ao qual a Constituição da República Portuguesa (CRP) atribui a competência de “administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional” (art. 221, CRP). Isto significa que o TC exerce uma *função jurisdicional* e não *uma função política*. E significa também que o TC não é mais um tribunal entre os outros, mas um tribunal que não está integrado na organização judiciária. Com efeito, na Parte III da CRP (que regula a *organização do poder político*), o Título V dispõe sobre as *tribunais*, sendo o TC objeto de um título à parte (Título VI). Poderá talvez dizer-se o TC é tratado, no sistema constitucional português, como um *órgão de soberania autónomo* (para além do Presidente da República, a Assembleia da República, o Governo e os Tribunais), como “um outro dos ‘poderes’ do Estado.” Em última instância, cabe ao TC assegurar que os órgãos do Estado atuem em conformidade com os *procedimentos* exigidos, com os *princípios* e com os *objetivos* consagrados no *programa político* plasmado na CRP, respeitando os normativos constitucionais no processo de formação e determinação da *vontade política* e de adoção de *decisões políticas*.” NUNES, António Jose Avelãs. O Poder Judiciário, a Constituição e os direitos fundamentais. **Fórum administrativo**, Belo Horizonte, ano 13, n.145, mar/2013, p. 10 (itálicos no original).

<sup>855</sup> Acórdão. n. 16/84. Disponível em: [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

<sup>856</sup> Ibidem. Loc. Cit.

<sup>857</sup> Acórdão n. 349/91. Loc. Cit.

<sup>858</sup> Acórdão n. 28/2007. Loc. Cit.

<sup>859</sup> BON, Pierre; MAUS, Didier (org.) **Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes**. Paris: Dalloz-Sirey, 2008, p. 178.

consentimento para o divórcio previstas no art. 1785º, n. 2, do Código Civil português.<sup>860</sup> Ao tratar da validade da regra à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, expõe claramente a função desse princípio no âmbito constitucional, razão pela qual merece transcrição o seguinte trecho da fundamentação<sup>861</sup>:

Não se nega, decerto, que a “dignidade da pessoa humana” seja um valor axial e nuclear da Constituição portuguesa vigente, e, a esse título, haja de inspirar e fundamentar todo o ordenamento jurídico. Não se trata efectivamente – na afirmação que desse valor se faz logo no art. 1º da Constituição – de uma mera proclamação retórica, de uma simples “fórmula declamatória”, despida de qualquer significado jurídico-normativo; trata-se, sim, de reconhecer esse valor – o valor eminente do homem enquanto “pessoa”, como ser autónomo, livre e (socialmente) responsável, na sua “unidade existencial de sentido” – como um verdadeiro princípio regulativo primário da ordem jurídica, fundamento e pressuposto da “validade” das respectivas “normas”. E, por isso, se dele não são dedutíveis “directamente”, por via de regra, “soluções jurídicas concretas”, sempre as soluções que naquelas (nas “normas” jurídicas) venham a ser vasadas hão-de conformar-se com tal princípio, e hão-de poder ser controladas à luz das respectivas exigências (...) Quer tudo isto dizer — em suma — que o princípio da “dignidade da pessoa humana” é também seguramente, só por si, padrão ou critério possível para a emissão de um juízo de constitucionalidade sobre normas jurídicas. Simplesmente, não pode também deixar de reconhecer-se que a ideia de “dignidade da pessoa humana”, no seu conteúdo concreto – nas exigências ou corolários em que se desmultiplica – não é algo de puramente apriorístico (...) ou a-histórico, mas algo que justamente se vai fazendo (e que vai progredindo) na história, assumindo, assim, uma dimensão eminentemente “cultural”.

Ao fixar a natureza aberta, histórica e cultural da dignidade da pessoa humana, o Tribunal Constitucional evita o dever de definição apriorística ou generalizada do conteúdo do princípio. Reconhece sua eficácia normativa enquanto preceito hermenêutico essencial do ordenamento jurídico – que serve inclusive para delimitação do âmbito de protecção de diferentes direitos - mas é cauteloso ao estabelecer seu alcance prescritivo, ao expressar a impossibilidade de dedução directa de “soluções jurídicas concretas” a partir do princípio da dignidade.

Todavia, esse entendimento – que não foi expressamente infirmado pela Corte até hoje – não impediu que o Tribunal Constitucional tecesse considerações acerca do conteúdo da dignidade ou a tenha observado para além de sua dimensão objetiva.

---

<sup>860</sup> Acórdão n. 105/90. Disponível em: [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

<sup>861</sup> Ibidem. Loc. Cit.

Quanto ao conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, há precedente da adoção da matriz kantiana do princípio, quando do exame da constitucionalidade do crime de lenocínio previsto no art. 170º, n. 1, do Código Penal português.<sup>862</sup> No caso, a Corte claramente afirma que a dignidade, “ao fundamentar o Estado Português”, impede que “uma pessoa, numa qualquer dimensão (seja a intelectual, seja a física, seja a sexual), possa ser utilizada como puro instrumento ou meio ao serviço de outrem”.<sup>863</sup> Expressa também o papel da dignidade da pessoa humana como fonte dos direitos fundamentais ao estabelecer a possibilidade de reconhecimento de direitos fundamentais implícitos emanados da dignidade.

Ao tratar da constitucionalidade de fixação de regras legais de apresentação pessoal de motoristas de transportes coletivos<sup>864</sup>, fixou-se como a dignidade como fundamento da República, da qual deriva um “direito geral de personalidade” que fixa a pessoa como ponto central da sociedade.<sup>865</sup> Em caso referente à apuração de consentimento para doação de órgãos, a dignidade serviu de fundamento para o reconhecimento de direito fundamental “à disposição do próprio cadáver”.<sup>866</sup>

É, contudo, a interpretação do TC acerca da já mencionada relação entre dignidade da pessoa humana e o direito a um “mínimo para existência”<sup>867</sup> que traz mais recursos para a compreensão da conformação jurisprudencial da atividade prestacional ligada a direitos fundamentais em Portugal.

Em um primeiro enfoque, a jurisprudência do TC afirma que a garantia de um mínimo para existência deriva da interpretação da dignidade da pessoa humana como liberdade negativa, no sentido de não imposição de obstáculos para que o indivíduo atinja tal patamar.<sup>868</sup> Esse tema é bastante recorrente na área das pensões e benefícios previdenciários e assistenciais, especialmente no que diz respeito ao impedimento de desatualizações, onerações ou cortes que diminuam o montante final destinado à subsistência do beneficiário.

A noção de mínimo para existência em sentido negativo, como “direito a não ser privado desse mínimo” foi estabelecida pelo TC no Acórdão n. 232/91, no qual reconhecia a constitucionalidade da imposição legal às seguradoras de atualização das pensões por morte

---

<sup>862</sup> Acórdão n. 144/2004. Disponível em: [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

<sup>863</sup> Ibidem, loc. Cit.

<sup>864</sup> Acórdão n. 6/84. Loc. Cit.

<sup>865</sup> É interessante observar que tal direito, tido como implícito à época, foi posteriormente positivado na CRP pela revisão constitucional de 1997, ao introduzir expressamente no art. 26, n. 1, os direitos “à identidade pessoal” e ao “desenvolvimento da personalidade”.

<sup>866</sup> Acórdão n. 130/88. Loc. Cit.

<sup>867</sup> Cf. Título V, Cap. II, 2.

<sup>868</sup> Cf. Título VI, Cap. III, 3.

causada por acidente de trabalho, pois ia ao encontro da "realização do bem comum, entendido este sempre na perspectiva fundamental do respeito incondicional pela dignidade da pessoa humana", pois "o respeito incondicionado pela dignidade da pessoa humana exige, antes do mais, a garantia de um mínimo de sobrevivência".<sup>869</sup>

No mesmo período, o Acórdão n. 349/91 fixa que o direito constitucional à segurança social (art. 63, CRP) deve ser interpretado "como garantindo a todo o cidadão a percepção de uma prestação proveniente do sistema de segurança social que lhe possibilite uma *subsistência condigna* em todas as situações de doença, velhice ou outras semelhantes", direito que se extrai "do princípio da dignidade da pessoa humana, condensado no artigo 1.º da Constituição", que serviria de fonte e fundamento dos direitos fundamentais. Destaca o julgamento também a importância da dignidade no processo de ponderação por proporcionalidade<sup>870</sup>, afirmando que o direito do credor da pensão deva ser privilegiado em relação ao do devedor "para tutela do valor supremo da dignidade da pessoa humana (...), na medida do necessário e, se tanto for preciso, mesmo totalmente, não permitindo que a realização deste direito ponha em causa a sobrevivência ou subsistência do devedor."<sup>871</sup>

A mesma linha argumentativa é renovada nas discussões acerca da validade da regra contida no art. 824 do Código de Processo Civil português que possibilitava a penhora até um terço de rendimentos provenientes de salários e pensões, qualquer que fosse o seu montante. Em sucessivos julgados, o TC asseverou que os direitos de credores devem ceder em face do direito ao mínimo de existência derivado da dignidade da pessoa humana daqueles que não recebiam mais que um salário mínimo e que não tinham outros bens passíveis de penhora.<sup>872</sup>

No que toca especificamente ao campo prestacional do Estado, um julgado pioneiro do Tribunal Constitucional acerca da matéria ora tratada é o Acórdão n. 39/84, referente às alterações trazidas ao Serviço Nacional de Saúde pelo Decreto-Lei n. 254/82, que revogara

---

<sup>869</sup> Acórdão n. 232/1991. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/>

<sup>870</sup> Cf. Título IV, Cap. II, 2.

<sup>871</sup> Acórdão n. 349/1991. Loc. cit. (itálicos no original). Sobre o tema da proporcionalidade à luz da dignidade da pessoa humana, cf. ainda o Acórdão n. 319/99, loc. cit.; MACHETE, Pedro; VIOLANTE, Teresa. O princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade na Jurisprudência Constitucional, também em relação com a Jurisprudência dos Tribunais Europeus. Relatório do Tribunal Constitucional de Portugal. XV Conferência trilateral dos Tribunais Constitucionais de Espanha, Itália e Portugal, 2013, Disponível em: [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

<sup>872</sup> Acórdãos n. 349/91; 411/93; 130/95; 62/2002; 177/2002 (que declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, do art. 824º do CPC); 96/2004; 657/2006; 257/2010; 304/2014. Disponíveis em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/>

diversos dispositivos da Lei n. 15/79, originalmente regulamentadora da matéria.<sup>873</sup> Ao firmar o direito à saúde como direito fundamental social, consigna expressamente que tal direito tem uma "vertente negativa" que, tal qual os "tradicionais direitos de liberdade", garante uma "não interferência ou intervenção do Estado", mas também uma "vertente positiva", configurando-se "como um direito a acções do Estado, a medidas legislativas, à criação e funcionamento de instituições, a certas prestações (incluindo de carácter financeiro), etc."<sup>874</sup> Tais serviços devem ser realizados mediante conformação legislativa. Contudo, uma acção nesse sentido seria impossível quando ela implicasse uma restauração da omissão legislativa quanto ao cumprimento dos ditames constitucionais já concretizados por lei ordinária, tal como ocorrido na hipótese do serviço de saúde.<sup>875</sup>

A liberdade de conformação do legislador quanto ao modo de realização da atividade prestacional estatal foi novamente manifestada pelo TC no Acórdão n. 330/89. Nesse caso, embora não se faça referência expressa a esses temas, o TC admitiu a constitucionalidade da instituição de taxas moderadoras pela utilização do serviço público de saúde pelo Decreto-Lei n. 57/86 dentro de uma lógica de solidariedade social<sup>876</sup> e de reserva do possível. Não obstante a redação original do art. 64 da CRP que, fortemente influenciado pelo contexto do Estado social vigente quando da elaboração da Constituição, dispusesse que o direito à saúde deveria ser garantido pela “criação de um serviço nacional de saúde universal, geral e gratuito”, o TC fez uma criativa distinção entre o sentido comum do termo “gratuito” e seu sentido constitucional, o qual admitiria um pagamento proporcional à utilização do serviço voltado a "garantir uma maior racionalidade na utilização dos limitados recursos humanos, técnicos e financeiros postos à disposição do Serviço Nacional de Saúde,

---

<sup>873</sup> Acórdão n. 39/84. Disponível em: [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

<sup>874</sup> Ibidem, loc. cit.

<sup>875</sup> Para o Tribunal Constitucional português, “as tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições e serviços, não obriga somente a criá-los, obrigam também a não os abolir uma vez criados. (...) A partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social. (...) A existência da instituição, serviço ou instituto jurídico criados por ela [lei ordinária] passa a estar constitucionalmente garantida. Uma nova lei pode vir a alterá-los ou os reformar dentro dos limites constitucionalmente admitidos, mas não pode extingui-los ou derogá-los.” Ibidem. loc. cit.

<sup>876</sup> Cf. Título VI, Cap. IV, 1.



contribuindo para reservar as prestações de cuidados de saúde aos utentes que delas careçam".<sup>877</sup>

Questão similar veio ao lume no Acórdão n. 148/94, que tratava do aumento, instituído pela Lei n. 20/92, dos valores pagos pelos estudantes do ensino público de nível superior (propinas). Aqui, o TC utiliza-se da noção de dignidade como igualdade para dizer que "a universalidade do gozo dos direitos sociais é (...) uma decorrência da igual dignidade social de todos os cidadãos", asseverando ainda o direito ao ensino (art. 74, CRP) como direito fundamental articulado "com uma imposição concreta de efectivação da igualdade de oportunidades", que gera "prestações subjetivas" fundadas em "um direito originário a prestações". Ao mesmo tempo, reconhece expressamente a possibilidade de limitação de tal direito sob o argumento da "reserva do possível", recorrendo à doutrina de Böckenförde para reconhecer a "possível não coincidência entre o âmbito normativo do direito fundamental [de natureza prestacional] e o dever de prestação do Estado que lhe «corresponde»." Por isso, findou por admitir a possibilidade de reajuste do valor das propinas, desde que limitada ao índice de desvalorização da moeda desde a data de sua última fixação.<sup>878</sup>

É, porém, no emblemático Acórdão n. 509/2002 que a atividade prestacional do Estado e sua relação com os direitos fundamentais e a garantia de um mínimo para existência apareceu de forma mais contundente na jurisprudência do TC, razão vem sendo objeto de vasta reflexão pela doutrina constitucional portuguesa.<sup>879</sup>

---

<sup>877</sup> Acórdão n. 330/89. Disponível em: [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt). Note-se que, na revisão constitucional de 1989, o constituinte derivado acolheu a tese do TCP e retirou do texto da Constituição ao serviço de saúde como "universal, geral e gratuito". Em oposição a esse julgado, afirmando que o mesmo violaria "o princípio da universalidade dos direitos sociais", Cf. ; NUNES, António Jose Avelãs. O Poder Judiciário, a Constituição e os direitos fundamentais. **Fórum administrativo**, p. 12-13.

<sup>878</sup> Acórdão n. 148/94. Disponível em: [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt). Mesmo considerando a limitação de majoração imposta pelo julgado, houve um significativo aumento para os estudantes, tendo em vista que o último reajuste das propinas tinha ocorrido em 1941. Essa decisão gerou críticas da doutrina, sobretudo considerando a disposição constitucional de que o Estado deve "estabelecer progressivamente a gratuidade de todos os graus de ensino" (art. 74, n. 1, "e", CRP). Nesse sentido, cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**, p. 314-315.

<sup>879</sup> Para Jorge Miranda e José de M. Alexandrino, o Acórdão n. 509/2002 constitui "um verdadeiro acto de síntese de política constitucional" e tem "relevância (..) múltipla (quer em matéria de princípios fundamentais, quer de direitos fundamentais, quer de justiça constitucional), tem, por um lado, um lastro histórico a precedê-la e deu lugar, por outro, a uma larga e variada reflexão doutrinária". MIRANDA, Jorge; ALEXANDRINO, Jose de M. Portugal. In: BON, Pierre; MAUS, Didier (org.) **Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes**. Paris: Dalloz-Sirey, 2008. Isabel Moreira defende a importância da mesma decisão ao afirmar que ela "deu mais um contributo a observar, independentemente da crítica que ele mereça, no que toca à proximidade crescente entre direitos de liberdade e direitos sociais". Para a autora, "foi, efectivamente, reconhecido um direito sociais com a mesma pujança dos direitos de liberdade". MOREIRA, Isabel. **A solução dos direitos**, p. 144.

No referido precedente, discutia-se a alteração dos critérios legais do pagamento de subvenção financeira a pessoas pobres e desprovidas de condições próprias de subsistência. O artigo 4º, nº 1, do Decreto da Assembléia da República nº 18/IX, ao revogar o "rendimento mínimo garantido" (Lei n. 19-A/96) e criar o "rendimento social de inserção", acabou por excluir do rol de beneficiados os indivíduos com idade entre 18 (dezoito) e 25 (vinte e cinco) anos. Sua constitucionalidade preventivamente questionada pela Presidência da República (nos termos do art. 278, ns. 1 e 3, CRP) com base, dentre outros argumentos, na noção de reserva do possível.<sup>880</sup>

Ao apreciar a questão, o TC pronunciou-se pela inconstitucionalidade da exclusão, não pelos argumentos apresentados pela Presidência da República, mas com base em expressa "violação do direito a um mínimo de existência condigna inerente ao princípio do respeito da dignidade humana, decorrente das disposições conjugadas dos artigos 1º, 2º e 63º, nºs 1 e 3, da Constituição da República Portuguesa."<sup>881</sup>

Baseando-se em sua própria construção jurisprudencial do mínimo para existência como impedimento de intervenções restritivas<sup>882</sup>, considerou que o rendimento mínimo, "quer pelo montante da prestação (...), quer pelas suas finalidades, condições de atribuição e forma de cálculo, (...) visa justamente assegurar à recorrente o mínimo indispensável à sua sobrevivência condigna e do seu agregado familiar." Indo além de sua posição original, o TC seguiu afirmando a existência de "uma *dimensão positiva* de um direito ao mínimo de existência condigna". Distingue assim:

Entre o reconhecimento de um direito a não ser privado do que se considera *essencial* à conservação de um rendimento indispensável a uma existência minimamente condigna, como aconteceu nos referidos arestos, e um direito a *exigir* do Estado esse *mínimo de existência condigna*, designadamente através de *prestações*, como resulta da doutrina e da jurisprudência alemãs. É que esta última considera que «do princípio da dignidade humana, em conjugação com o princípio do Estado social decorre uma pretensão a prestações que garantam a existência», sendo de

---

<sup>880</sup> Como argumento, aduziu-se que "mesmo quando - atendendo à natureza *sob reserva do possível* ou *do financeiramente possível* que os direitos sociais apresentam - não se sustente, como fazem, todavia, alguns Autores, a existência de um princípio constitucional de *proibição do retrocesso* nas prestações entretanto reconhecidas no domínio dos direitos sociais, é opinião doutrinária e jurisprudencialmente comum que o Estado só pode afectar o conteúdo realizado dos direitos sociais ou dos direitos derivados a prestações neles baseados quando se sustente numa comprovada incapacidade material, designadamente financeira, para manter a medida entretanto reconhecida de realização daqueles direitos ou quando a tal se veja compelido por força da necessária realização de outros valores de natureza constitucional". Acórdão n. 509/2002. Disponível em: [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt) (itálicos no original).

<sup>881</sup> Acórdão n. 509/2002. loc. cit.

<sup>882</sup> Especificamente nos Acórdão n. 231/91, 349/91, 62/02, 177/02, aqui já referidos.

incluir na *garantia do mínimo de existência* «as prestações sociais suficientes», nos termos da legislação sobre auxílio social (*Horst Dreier, Grundgesetz Kommentar*, Band I, Mohr Siebeck, Tübingen, 1996, págs. 62 e 125-126); ou seja, que «o Estado está obrigado a garantir ao cidadão desprovido de meios, através de prestações sociais» os «pressupostos mínimos» para «uma existência humanamente digna» (*BVerfGE*, 82, 60 (85)).<sup>883</sup>

Apesar de reconhecer que cabe ao legislador "uma larga margem de liberdade conformadora", à luz do "princípio democrático, que supõe a possibilidade de escolhas e de opções que dê significado ao pluralismo e à alternância democrática", o TC é claro ao estabelecer que essa prerrogativa do legislador deve sempre assegurar o "direito a um mínimo para existência condigna", que gera "imediata pretensão dos cidadãos no caso de particulares situações sociais de necessidade".<sup>884</sup> Nesses termos, findou por estender o pagamento do denominado “rendimento social de inserção” para todos que anteriormente faziam jus ao pagamento do anteriormente chamado “rendimento mínimo garantido”, pois não haveria nenhum instrumento normativo que garantisse, seja por que meio fosse, o “direito a um mínimo de existência condigna” aos jovens entre 18 e 25 anos de idade.

Essa decisão foi alvo de debates intensos no âmbito do próprio TC<sup>885</sup> e críticas da doutrina<sup>886</sup>, mas não se pode negar a relevância desse caso na discussão dos direitos prestacionais no âmbito português. É partir desse precedente que a jurisprudência portuguesa passou a aceitar a existência de um direito fundamental subjetivo a prestações materiais destinadas à garantia de condições mínimas de existência, diretamente derivado da dignidade da pessoa humana.<sup>887</sup>

---

<sup>883</sup>. Acórdão n. 509/2002. Loc. cit.

<sup>884</sup> Ibidem, loc. cit.

<sup>885</sup> Houve cinco votos vencidos, com base em diversos fundamentos: a existência de vícios exteriores à lei, que transformariam uma inconstitucionalidade por ação em inconstitucionalidade por omissão (Juiz Pamplona de Oliveira); a ausência de demonstração adequada da ausência de instrumentos normativos alternativos eficazes (Juíza Maria dos Prazeres Beleza e Bravo Serra); o fato de que os menores de 25 estão tendencialmente inseridos nas famílias, e o respeito da dignidade é diferente de pessoa para pessoa (Juiz Benjamim Rodrigues); a concepção de que seria problemático passar-se da idéia que o Estado tem a obrigação de criar condições a uma existência condigna para a idéia da existência de um direito com a identidade e consistência que lhe foi dada pelo tribunal (Juiz Cardoso da Costa). MOREIRA, Isabel, **A solução dos direitos**, p. 142.

<sup>886</sup> Para Vieira de Andrade, por exemplo, não havia, no caso, omissão absoluta que pudesse vulnerar o mínimo para existência, pois as pessoas com idade entre 18 a 25 anos não estariam totalmente desprotegidas socialmente, e não haveria qualquer norma constitucional que imponha subsídio da natureza do que foi estabelecido pelo TC. ANDRADE, José Carlos Vieira de, **Jurisprudência Constitucional**, p. 27 e ss.

<sup>887</sup> Nesse sentido, observa Reis Novais que “O Tribunal Constitucional optou por fundamentar a inconstitucionalidade da norma, que suprimia as anteriores ajudas e que não fornecia qualquer alternativa ou compensação eficaz, como resultando de uma violação direta do princípio da dignidade da pessoa

Contudo, em decisões posteriores sobre a questão prestacional, observa-se certa inflexão na postura do TC. Embora não afaste diretamente o reconhecimento de uma vertente prestacional do Estado decorrente do direito a um mínimo de existência condigna, a Corte passa a enfatizar de forma mais aguda a predominância das opções legislativas nesse campo, em face de circunstâncias referenciáveis à reserva do possível.

O TC afirma, no Acórdão n. 590/2004, que o direito à habitação "constitui uma decorrência da dignidade da pessoa humana, afigurando-se indispensável para a efectivação de outros direitos fundamentais", de modo que "o direito contido no artigo 65º da Constituição configura-se como um direito a prestações, exigindo a intervenção do Estado no sentido de concretizar as determinações constitucionais contidas nessa norma". Frisa, entretanto, que "as normas constitucionais relativas ao direito à habitação e à protecção especial dos jovens no acesso à habitação não contêm uma ordem de legislar", razão pela qual o legislador "goza, neste domínio, como também já se afirmou, de liberdade de escolha dos meios de prossecução das determinações constitucionais." Assim sendo, e relacionando as noções de mínimo para existência e conteúdo essencial de direitos fundamentais<sup>888</sup>, concluiu que a revogação do regime de crédito bonificado a novos empréstimos habitacionais previsto pelo Decreto-Lei n. 305/2003 não afeta o conteúdo essencial do direito à habitação, estando, por isso, "no contexto da revisibilidade das opções legislativas decorrente do princípio da alternância democrática, não constituindo violação da Lei Fundamental."<sup>889</sup>

---

humana. Significa isto que o Tribunal Constitucional deduziu deste princípio, independentemente das debilidades notórias do nosso Estado social, uma obrigação, juridicamente exigível, de manutenção objectiva das prestações materiais destinadas a assegurar uma existência condigna; essa passa, então, a constituir uma exigência mínima de garantia positiva da dignidade da pessoa humana por parte do Estado e que este fica vinculado a observar independentemente de dificuldades financeiras circunstanciais ou de particulares orientações políticas." NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**, p. 67-68.

<sup>888</sup> Sobre o tema, cf. Título V, Cap. II, 1,2.

<sup>889</sup> Acórdão n. 590/2004. Disponível em: [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt). Sobre a percepção geral do direito à habitação no TC, vale destacar as palavras de Jorge Miranda e Melo Alexandrino: "O direito à habitação, garantido no artigo 65.º da Constituição, pertence àquele pequeno núcleo de direitos fundamentais sociais que maior favor tem encontrado na jurisprudência constitucional – só o direito à saúde e, em menor medida, o direito ao ensino e o direito à segurança social ascendem a esse grupo. Esse favor tem-se revelado quer na ocasional defesa de uma dupla natureza (ou seja, de uma vertente negativa e de uma vertente positiva) da figura (Acórdão n.º 101/92), quer nas restrições a outros direitos fundamentais que nele têm encontrado fundamento, quer por pertencer ao núcleo de direitos fundamentais sociais mínimos (Acórdão n.º 590/2004), quer, enfim, pelo número e pela qualidade dos acórdãos a que tem dado lugar. Todavia, se julgada pelos resultados, a jurisprudência é relativamente inócua: porque na generalidade dos casos parece fazer pesar a realização das exigências do direito à habitação não sobre o Estado, mas sim sobre os particulares, vinculados não só a uma hipoteca social da propriedade como a um dever de solidariedade (a exemplo dos Acórdãos n.os 151/92, 4/96, 486/97, 570/2001 ou 723/2004); porque tem afinal consentido numa amplíssima liberdade de conformação do

Mais recentemente, a função estatal de garantia de um mínimo de existência condigna por meio de prestações positivas vem sendo objeto de discussão no TC a partir de debates referentes ao alcance do chamado Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores, previsto na Lei n. 75/98, que obriga o Estado português a assegurar a satisfação dos alimentos a menores residentes em território nacional quando a pessoa judicialmente obrigada a prestá-los não o faça e o alimentado não disponha de rendimento líquido superior ao salário mínimo nacional, nem beneficie, na mesma medida, de rendimentos de outrem a cuja guarda se encontre (artigo 1.º).

No Acórdão n. 309/209, ao debater a constitucionalidade do limite legal máximo ao montante das prestações de alimentos do Fundo de Garantia dos Alimentos Devidos a Menores (2º, n.º 1, da Lei n.º 75/98), o TC inicia afirmando que a garantia estatal de alimentos a menores é “prestação social do regime não contributivo (...) de natureza subsidiária (...) fundada na solidariedade estadual” que garante às crianças “a faculdade de requerer à sociedade e, em última instância, ao próprio Estado as prestações existenciais que proporcionem as condições essenciais ao seu desenvolvimento e a uma vida digna”.

Contudo, baseando-se na doutrina de Vieira de Andrade, faz expressa menção ao fato de que sua efetivação como direito social “depende de certos condicionalismos sócio-económicos, culturais e políticos que só o legislador poderá, em primeira linha, avaliar, e que não pode ser efectivado pelo juiz por simples interpretação aplicativa do direito”.<sup>890</sup> Diante disso, concluiu pela constitucionalidade da norma impugnada com base na conclusão de que o valor do benefício deve necessariamente considerar as condições da realidade<sup>891</sup>, uma vez

---

legislador; porque não soube afinal retirar consequências jurídicas relevantes nem da alegada dimensão negativa desse direito, nem do seu alegado conteúdo mínimo ou essencial, nem do facto de se tratar de um dos direitos fundamentais sociais básicos (mesmo por apelo ao standard internacional). [Sua] a articulação com o princípio da solidariedade social não exclui outras ligações, designadamente com a dignidade da pessoa humana (como se escreveu nesse mesmo Acórdão n.º 723/2004, o direito à habitação «é, de facto, uma exigência da dignidade da pessoa humana, daquilo que a pessoa, ontologicamente é: um ser livre, com direito a viver com dignidade») e com a igualdade real (Acórdão n.º 465/2001). Por sua vez, a invocação, certamente induzida pelos termos do pedido, da tarefa fundamental do Estado prevista no artigo 9.º, alínea d), da Constituição, teve a particularidade de se referir aos direitos fundamentais sociais como “reforço” e “prolongamento” da dignidade da pessoa humana. MIRANDA, Jorge; ALEXANDRINO, Jose de M. Portugal. In: BON, Pierre; MAUS, Didier (org.) **Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes**. Paris: Dalloz-Sirey, 2008.

<sup>890</sup> Acórdão n. 309/2009. Disponível em: [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

<sup>891</sup> Segundo o julgado, “Tratando-se uma prestação autónoma de segurança social, não há dúvida que ela é atribuída de acordo com certos critérios objectivos que são aplicáveis a todas as crianças que se encontrem na mesma situação: existência de sentença que fixe os alimentos; residência do devedor em território nacional; inexistência de rendimento líquido superior ao salário mínimo nacional de que o menor possa beneficiar; não pagamento pelo devedor da obrigação de alimentos. Mas pelo seu carácter de subsidiariedade, o montante da prestação substitutiva do Estado está necessariamente dependente da

que a concretização de prestações estatais referentes a direitos fundamentais, “para além de um conteúdo mínimo que se torne determinável através dos próprios preceitos constitucionais, depende de conformação político-legislativa e, em muitos casos, da existência e disponibilidade de meios materiais, que, em qualquer caso, não pode ser objecto de reexame ou controlo jurisdicional.”<sup>892</sup>

O TC retoma o tema no Acórdão n. 400/2011, para afirmar inexorabilidade de pagamento *ex tunc* de prestações alimentares do Fundo. Observando o papel estatal na protecção e desenvolvimento das crianças (arts. 68, 69, CRP), destaca, todavia, sua natureza subsidiária<sup>893</sup>. Diz ainda que a prestação pública que realiza um *direito social*, “na dimensão em que se traduz na pretensão de prestações materiais a cargo do Estado” é um “direito sob reserva do possível, não sendo directamente determinável no seu *quantum* e no seu modo de realização a nível da Constituição”. Por essa razão, traz extensa argumentação em defesa da discricionariedade legislativa, que deve ser garantida de forma ampla até o limite em que possa vulnerar “princípios estruturantes do Estado de Direito”, dentre os quais a dignidade da pessoa humana.<sup>894</sup> Em síntese, vale transcrever o seguinte trecho do julgado<sup>895</sup>:

Com efeito, na concretização dos direitos sociais enquanto direitos positivos, mesmo onde haja maior vinculação do legislador, dificilmente deixa de subsistir um espaço de conformação legislativa porque, geralmente, não há uma medida certa, nem uma forma única, de cumprimento do imperativo constitucional, ficando a sua realização positiva, além da reserva do financeiramente possível, sujeita a uma margem de escolha dos meios, formas e prioridades por parte dos titulares do poder político. Deste modo, não se tratando de conteúdo directamente determinado pela Constituição, importa ver se, no conjunto do regime instituído pelo legislador, há mecanismos capazes de proporcionar aquele grau de protecção para a

---

situação económica e familiar em que se encontra inserido o menor, aí relevando, também, o valor da prestação de alimentos que foi fixada judicialmente, as possibilidades económicas do progenitor e a possível pluralidade de vínculos.” Idem, loc. Cit.

<sup>892</sup> Idem, loc. Cit.

<sup>893</sup> Uma vez que cabe aos pais, em primeiro momento, “o dever de prover ao sustento dos filhos, dentro das capacidades económicas dos pais, até que eles estejam em condições, ou tenham o dever de procurar por si, meios de subsistência” (art. 36, n. 5, CRP). Acórdão n. 400/2011. Disponível em: [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

<sup>894</sup> Dispõe o julgado: “O limite de conformação em que o direito de protecção das crianças mediante prestações fácticas ou pecuniárias a cargo do Estado é resistente ao legislador só pode (judicialmente) alcançar-se a partir de outros referentes constitucionais, de natureza principal, em que avulta o princípio da dignidade da pessoa humana. Com efeito, salvo quando a solução afecte o núcleo já realizado de concretização legislativa radicado na consciência jurídica geral como núcleo essencial do direito considerado, ao legislador democrático tem de ser preservada uma larga margem na realização ou conformação dos direitos sociais, só acessível à censura por parte da justiça constitucional – na sua dimensão de “direitos positivos”, entenda-se – quando e na medida em que puser em causa os princípios estruturantes do Estado de Direito.” Idem, loc. Cit.

<sup>895</sup> Idem, loc. Cit.

situação de carência gerada pelo incumprimento da obrigação alimentar sem o qual poderia discutir-se se é preservado o princípio da dignidade da pessoa humana.

Novamente no Acórdão n. 274/2013, o TC reafirma essa posição, ao mencionar que a intervenção prestacional na proteção de direitos sociais “tem que ocorrer em momento compatível com a satisfação da necessidade a que se provê”, não sendo possível derivar da Constituição uma “única via ou como mínimo constitucionalmente determinado de realização do direito social”, havendo uma clara “discrecionalidade do legislador em matéria de concretização de direitos sociais”.<sup>896</sup>

Apesar de dizerem respeito à vertente negativa da dignidade como meio de garantia de um mínimo para existência e não a prestações materiais do Estado, é interessante mencionar ainda os correntes debates acerca da constitucionalidade das reduções dos valores de salários e pensões decorrentes de medidas de austeridade voltadas a debelar a crise econômica por qual atravessa Portugal desde 2008.

Embora mantenham a consagração da dignidade humana como fundamento da República e não abandonem a noção de garantia de um mínimo de existência da qual o indivíduo não pode ser privado<sup>897</sup>, os julgados do TC sobre o tema também seguem na linha de privilegiar uma ampla margem de conformação legislativa para a concretização desse mínimo de acordo com as circunstâncias concretas<sup>898</sup>. Resulta daí uma orientação majoritária

---

<sup>896</sup> Acórdão n. 274/2013. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/>

<sup>897</sup> No Acórdão n. 3/2010, o TC afirma, com base expressa no Acórdão n. 509/202, que “determinadas concretizações do direito à segurança social são resistentes ao legislador”, de modo que “quando esteja em causa a própria subsistência mínima e, portanto, a existência socialmente condigna, o direito à segurança social adquire uma urgência e uma força vinculante que o tornam directamente aplicável e o subtraem, em ampla medida, ao poder de legislar”. No Acórdão n. 187/2013, lembra a existência de um “direito fundamental a uma existência condigna, hoje tido como uma emanção garantística nuclear do supraprincípio da dignidade da pessoa humana” e no Acórdão 862/2013 menciona que o legislador “tem de respeitar vários limites constitucionalmente impostos, nomeadamente os que derivam do princípio do Estado de Direito. Deste modo, as alterações que o legislador pretenda levar a cabo têm de se fundar em motivos justificados – designadamente a sustentabilidade financeira do sistema –, não podem afetar o mínimo social, os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, e da proteção da confiança.” Acórdãos n. 3/2010; 353/2012; 187/2013; 862/2013; 572/2014. Disponíveis em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/>

<sup>898</sup> Nos termos do Acórdão n. 3/2010, “a sustentabilidade do sistema de segurança social é um objectivo que não deixa de reflectir uma ideia de justiça intergeracional que emana do nosso texto constitucional (..), pelo que não se revelando que tais medidas se possam considerar desproporcionadas ou excessivas, ponderando os fins por ela perseguidos, sempre estariam dentro da margem de livre conformação do legislador.” O Acórdão n. 396/2011 expressa que “o não prescindir-se de uma redução de vencimentos, no quadro de distintas medidas articuladas de consolidação orçamental, que incluem também aumentos fiscais e outros cortes de despesas públicas, apoia-se numa racionalidade coerente com uma estratégia de atuação cuja definição cabe ainda dentro da margem de livre conformação política do legislador.” No Acórdão n. 353/2012, o TC diz subsistir “o motivo justificativo para o tratamento diferenciado dos que

do TC no sentido da constitucionalidade das medidas restritivas e da redutibilidade do montante dos benefícios à luz dessa ampla discricionariedade legislativa, o que vem acarretando pesadas críticas da doutrina.<sup>899</sup>

Diante desse breve panorama jurisprudencial do Tribunal Constitucional português, nota-se que a farta previsão constitucional de direitos fundamentais sociais não afasta a recalcitrância da doutrina portuguesa quanto a sua força vinculante da atividade prestacional do Estado. Apesar disso, o TC reconhece, ainda que de forma implícita, a unidade axiológica dos direitos fundamentais ao referenciar a existência de deveres prestacionais do Estado à proteção da dignidade da pessoa humana, chegando ao ponto de autonomizar um direito fundamental prestacional ao mínimo necessário para uma existência digna no emblemático Acórdão n. 509/2002. Esse precedente, todavia, não afastou a preocupação do Tribunal Constitucional com a liberdade de conformação do legislador quanto aos meios para atingir esses fins, bem como com as noções de solidariedade social e de limites materiais e financeiros inerentes à atividade prestacional, temas recorrentes em seus julgados desde então.

#### 4 BRASIL

No contexto brasileiro, a Constituição Federal de 1988 traz a dignidade como fundamento e elemento estrutural do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CF/88). Consagra ainda extenso rol de direitos fundamentais prestacionais, não somente em sua

---

auferem remunerações e pensões do Orçamento do Estado apenas a eficácia das medidas adotadas na obtenção de um resultado de inegável e relevante interesse público”, pois, “é defensável que a opção tomada se revela particularmente eficaz, pela sua certeza e rapidez na produção de efeitos, numa perspectiva de redução do défice a curto prazo, pelo que ela se mostra coerente com uma estratégia de atuação, cuja definição cabe dentro da margem de livre conformação política do legislador”. Já no Acórdão n. 187/2013, estabelece ser “indiscutível a existência de um interesse público relevante – a necessidade de garantir a sustentabilidade económico-financeira do Estado (...). É, assim, de concluir que o reconhecimento do direito à pensão e a tutela específica de que ele goza não afastam, à partida, a possibilidade de redução do montante concreto da pensão. O que está constitucionalmente garantido é o direito à pensão, não o direito a um certo montante, a título de pensão. Este resulta da aplicação de critérios legalmente estabelecidos, mas de valor infraconstitucional.” Acórdão n. n. 3/2010; 396/2011; 353/2012; 187/2013. Disponíveis em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/>

<sup>899</sup> Sobre o tema específico, que foge aos limites da presente discussão, cf. ANTUNES, Aquilino P. Breves notas ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2013 quanto à Contribuição Extraordinária de Solidariedade. **E-Pública**: Revista electrónica de direito público. N. 2, 2014. Disponível em: [www.e-publica.pt](http://www.e-publica.pt); NOVAIS, Jorge R. O direito fundamental à pensão de reforma em situação de emergência financeira. **E-Pública**: Revista electrónica de direito público. N. 1, 2014; NUNES, António Jose Avelãs. O Poder Judiciário, a Constituição e os direitos fundamentais. **Fórum administrativo**, Belo Horizonte, ano 13, n.145, mar/2013, p.15;



previsão geral no art. 6º<sup>900</sup>, mas também em seu Título VIII, relativo à "ordem social", que tem como objetivo "o bem-estar e a justiça sociais" (art. 193, CF/88). Ali são previstos vários direitos referentes a pretensões voltadas à saúde, à previdência e assistência social, à educação, à cultura, ao desporto, à ciência e tecnologia, à comunicação social, ao meio ambiente, à proteção da família, criança, adolescente e idoso, e aos índios (arts.194 a 232, CF/88), além de vincular o gasto de recursos públicos para a prestação de serviços de saúde e educação (art. 198, § 2º; art. 212, CF/88) e prever expressamente a educação como "direito público subjetivo" (art. 198, § 1º).<sup>901</sup>

Rompendo uma tradição constitucional que vinha desde a Constituição de 1934, a Constituição de 1988 tratou dos direitos sociais não mais no campo referente à ordem econômica, mas sim no título referente aos direitos e garantias fundamentais (Título II, Cap. II, CF/88), conjuntamente com os direitos de liberdade (Título II, Cap. I, CF/88).<sup>902</sup> Assim, do ponto de vista tópico, o ordenamento constitucional brasileiro não fez quaisquer diferenciações entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, considerando ambos integrantes do rol de direitos fundamentais de forma equânime.

Tal indistinção mostra-se claramente também no tocante à eficácia e força normativas de tais direitos, haja vista a estipulação de que as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, CF/88), sem que haja qualquer ressalva quanto à natureza de tais direitos. Esse é ponto central da distinção entre o sistema brasileiro e português, uma vez que, mesmo a partir de um exame restrito à técnica formal de positivação, não se faz possível sustentar no Brasil a concepção portuguesa de aplicabilidade restrita ou de regime jurídico distinto dos direitos prestacionais.<sup>903</sup>

---

<sup>900</sup>"Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição."

<sup>901</sup> Interessante observar que a Constituição brasileira é tida como a segunda, dentre sessenta e sete países, com maior previsão de direitos sociais, perdendo apenas para a Constituição portuguesa de 1976, conforme extensivo estudo comparativo realizado por Ben-Bassat e Dahan. BEN-BASSAT, Avi; DAHAN, Momi Social rights in the Constitution and in practice. **Journal of Comparative Economics**, Vol. 36, n. 1, mar/2008, p. 103–119. Disponível em: <http://www.sciencedirect.com/science/journal/01475967/36/1>

<sup>902</sup> KELBERT, Fabiana Okchestein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 33-34.

<sup>903</sup> Sobre a comparação sistemática entre Brasil e Portugal sobre o tema, leciona Ingo W. Sarlet: "Não há como sustentar no direito pátrio, a concepção lusitana (lá expressamente prevista na Constituição) de acordo com a qual a norma que consagra a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais abrange apenas os direitos, as liberdades e garantias (Título II da CRP) que, em princípio, correspondem aos direitos de defesa, excluindo deste regime reforçado (e não apenas quanto a este aspecto) os direitos econômicos, sociais e culturais do Título III da Constituição Portuguesa. A toda evidência, a nossa

Diante de tal conjuntura, a visão predominante na doutrina é a da unidade de regime jurídico dos direitos fundamentais, visão essa derivada também do aspecto formal de posituação dos direitos fundamentais prestacionais na Constituição Federal de 1988. Uma percepção dualista dos direitos fundamentais, embora possivelmente válida à luz de outros ordenamentos, mostra-se descabida no Brasil, pois desconsideraria o próprio direito constitucional positivo brasileiro, no qual "não há como sustentar uma redução do âmbito de aplicação da norma a qualquer das categorias específicas de direitos fundamentais" consagradas na Constituição Federal de 1988.<sup>904</sup> Assim, no ordenamento constitucional brasileiro, todos os direitos fundamentais devem ser interpretados indistintamente, dentro de uma lógica de máxima eficácia e vinculatividade do Estado quanto ao seu cumprimento.

Não se pode olvidar, porém, que a mera inexistência formal de diferenciação de regime jurídico e de "força normativa" entre direitos de defesa e direitos prestacionais no ordenamento constitucional brasileiro não elimina as complexidades inerentes à efetivação desses últimos, decorrente da natureza material e comissiva das obrigações deles decorrentes. Na verdade, essa opção do constituinte brasileiro finda por tornar ainda mais complexa a temática da atividade prestacional do Estado, haja vista que a previsão do art. 5.º, § 1.º, da Carta Constitucional não tem, por si só, o condão de garantir a plena efetividade material ou eficácia social da norma definidora de direitos prestacionais.<sup>905</sup>

---

Constituição não estabeleceu distinção desta natureza entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, encontrando-se todas as categorias de direitos fundamentais sujeitas, em princípio, ao mesmo regime jurídico." SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 275. No mesmo sentido, aponta Clémerson Clève: "Alguns sistemas constitucionais, como o português, por exemplo, estabelecem no próprio corpo da Constituição uma distinção de regimes jurídicos. Ou seja, os direitos, liberdades e garantias (direitos clássicos ou de defesa) não ostentam o mesmo regime dos direitos sociais, econômicos e culturais (direitos prestacionais). A Constituição Portuguesa vigente, então, aponta para uma distinção de regime jurídico não encontrável no direito brasileiro. Entre nós, a Constituição Federal de 1988 ao tratar dos direitos fundamentais não prevê, expressamente, em nenhum momento, uma dualidade de regimes. Em tese, no direito constitucional brasileiro, o regime dos direitos fundamentais clássicos é o mesmo dos direitos fundamentais exigentes de uma atuação positiva do poder público". CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de direito constitucional e internacional**. São Paulo, nº 54, jan/mar 2006, p. 31.

<sup>904</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 278.

<sup>905</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**, p. 325. Em viés crítico à previsão normativa brasileira, vale consignar o posicionamento de Canotilho: "O problema está não na contestação da bondade política e dogmática da vinculatividade imediata, mas sim no alargamento não sustentável da força normativa directa das normas constitucionais a situações necessariamente carecedoras da interpositio legislativa. é o que acontece, a nosso ver, com a acrítica transferência do princípio da aplicabilidade imediata no artigo 5, § 1º, da Constituição brasileira, a todos os direitos e garantias fundamentais de forma a abranger indiscriminadamente os direitos sociais consagrados no Capítulo II." CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constitucionalismo dirigente e vinculação do legislador**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. XVI

Por isso, o referido art. 5º, § 1º, CF/88 há de ser interpretado como um “mandado de otimização”, estabelecendo a necessidade de que os direitos fundamentais como um todo - mas nomeadamente os direitos prestacionais - sejam efetivados a partir de ponderação racional entre as possibilidades reais, à luz dos diversos valores incidentes no caso concreto.<sup>906</sup> Daí a importância de, também no contexto brasileiro, examinar como o Supremo Tribunal Federal (STF) vem enfrentando a questão da dignidade humana e sua relação com os direitos prestacionais.

A jurisprudência do STF vem tradicionalmente fazendo uso expresso e bastante freqüente do princípio da dignidade da pessoa humana em seus julgamentos<sup>907</sup>. Para além de um uso substancial no campo do direito penal<sup>908</sup>, a dignidade da pessoa humana foi invocada diretamente para impedir a determinação de coleta compulsória de material genético para fins de investigação de paternidade<sup>909</sup>. Em todos esses casos, todavia, não houve maior consideração quanto ao alcance e conteúdo do conceito, sendo, muitas vezes, utilizado como mero argumento retórico e ornamental na argumentação.

Alguma densificação do conceito de dignidade se deu quando da afirmação de recepção, pela Constituição de 1988, da lei que concedeu anistia a todos que cometeram crimes políticos no período de 1961 a 1979 (Lei n. 6.683/79)<sup>910</sup>. Nesse caso, ao refutar alegada violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, o STF reconheceu a dignidade como preceito constitucional histórico, que precede a Constituição de 1988 e a parametriza a partir da matriz kantiana, ao observar, pelas palavras do Ministro Eros Grau, que “as coisas têm preço, as pessoas têm dignidade. A dignidade não tem preço, vale para todos quantos participam do humano.”<sup>911</sup>

---

<sup>906</sup> SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 284. Segundo o mesmo autor, “o postulado da aplicabilidade imediata não poderá resolver-se, a exemplo do que ocorre com as regras jurídicas [...], de acordo com a lógica do tudo ou nada, razão pela qual seu alcance dependerá do exame da hipótese em concreto, isto é, da norma de direito fundamental em pauta”. Ibidem, p. 288. A discussão acerca dos princípios como “mandados de otimização” já foi retratada anteriormente neste estudo, cf. Título I, Cap. II, 2.

<sup>907</sup> Em busca por precedentes do STF a partir da expressão “dignidade da pessoa humana”, avolumam-se 190 (cento e noventa) casos entre os anos de 1994 e 2012. Consulta disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br).

<sup>908</sup> Embora fuja do objeto deste estudo, vale observar que a argumentação com base na dignidade humana no campo penal é primordialmente realizada pelo STF no âmbito da discussão dos direitos de defesa dos réus (Súmula Vinculante 14, HC 89.176 (2006), p. ex) e da aplicação de penas (HC 94.477 (2012), HC 94.408 (2009), HC 94.404 (2010), p. ex). Casos disponíveis em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

<sup>909</sup> HC 71.373 (1996); HC 76.060 (1998). A mesma Corte, porém, já estabeleceu que o direito ao reconhecimento do estado de filiação também é direito inserido no próprio conceito de dignidade da pessoa humana (RE 248.869 (2004)). Disponíveis em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

<sup>910</sup> ADPF 153 (2010). Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

<sup>911</sup> Ressalta Eros Grau, porém, que a dignidade não pode ser definida ou imposta a partir de valores individuais para limitar a anistia apenas para determinado grupo de pessoas: “É que, então, o valor do

Quando do reconhecimento e qualificação da união homoafetiva como entidade familiar<sup>912</sup>, a dignidade da pessoa humana foi utilizada pelo STF como parâmetro decisório central, na medida em que fixa expressamente a ligação da dignidade com a autonomia do indivíduo de definir suas próprias preferências sexuais, notadamente quando não traz prejuízos a terceiros. O voto condutor do Ministro Carlos Ayres Britto é expresso ao afirmar “essa liberdade para dispor da própria sexualidade insere-se no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é de autonomia de vontade, direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana”<sup>913</sup>

Em caso subsequente sobre o mesmo tema<sup>914</sup>, a dignidade foi afirmada como princípio hermenêutico “que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País” e serve de fundamento da “ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo”.<sup>915</sup> Nesse mesmo precedente, o STF acabou por estabelecer como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana o que chama de “direito à busca da felicidade”. Declaradamente inspirado em matriz norte-americana<sup>916</sup>, o direito à busca da felicidade é tido como postulado constitucional implícito derivado “do núcleo de que se irradia o princípio da dignidade da pessoa humana” e assumiria, de acordo com o Ministro Celso de Mello, “papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais.”<sup>917</sup>

No caso da discussão acerca da possibilidade de interrupção da gravidez de feto anencéfalo<sup>918</sup>, o STF delimitou claramente a vedação de instrumentalização que compõe a dignidade da pessoa humana, invocada diversas vezes no julgamento. Ao afirmar que a manutenção da gravidez apenas para viabilizar a doação de órgãos do anencéfalo fere a

---

humano assume forma na substância e medida de quem o afirma e o pretende impor na qualidade e quantidade em que o mensura. Então o valor da dignidade da pessoa humana já não será mais valor do humano, de todos quantos pertencem à humanidade, porém de quem o proclame conforme o seu critério particular. Estamos então em perigo, submissos à tirania dos valores”. ADPF 153 (2010). Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

<sup>912</sup> ADI 4277 (2011); ADPF 132 (2011). Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

<sup>913</sup> ADI 4277 (2011). Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

<sup>914</sup> RE 477.554-AgR (2011). Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

<sup>915</sup> De acordo com o voto do relator, Ministro Celso de Mello. Loc. Cit.

<sup>916</sup> Uma vez que espelha a noção de *pursuit of happiness* fixada como direito inalienável do ser humano pela Declaração de Independência dos Estados Unidos da América de 1776. O voto do relator faz, inclusive, diversas referências à jurisprudência da Suprema Corte norte-americana sobre o tema.

<sup>917</sup> De acordo com o voto do relator, Ministro Celso de Mello. Loc. Cit.

<sup>918</sup> ADPF 54 (2012) Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

dignidade da mulher ao coisificá-la, não podendo ser tratada “sob perspectiva utilitarista, como instrumento para geração de órgãos e posterior doação” e sim como “fim em si mesma.”<sup>919</sup> O STF trata mais expressamente do conceito de dignidade ao estabelecer, em outro precedente, que a violação da dignidade se dá quando o ser humano é tratado “como coisa e não como pessoa humana, o que pode ser feito não só mediante coação, mas também pela violação intensa e persistente de seus direitos básicos, inclusive do direito ao trabalho digno”.<sup>920</sup>

Dos casos mencionados até aqui, nota-se claramente a prevalência da matriz kantiana de dignidade inerente, identificada com o indivíduo, sua autonomia e garantia de não instrumentalização pelo Estado e por terceiros. A noção social de dignidade, todavia, mostra-se implicitamente considerada em alguns precedentes que merecem consideração.

O primeiro deles é o conhecido caso Ellwanger, referente ao tema da liberdade de expressão incidente sobre os chamados “discursos de ódio” (*hate speech*).<sup>921</sup> Ao afirmar a ocorrência do crime de racismo na conduta defender a inexistência do Holocausto judeu em obra literária, o STF afirma que o direito individual de manifestação de pensamento deve ser necessariamente compatível com o direito à imagem, à honra e à vida privada dos outros “no contexto de uma sociedade pluralista” em face de “valores outros como os da igualdade e da dignidade da pessoa humana”. Afirma-se ainda que, apesar da liberdade de expressão ser essencial à democracia, há de lembrar que “o elemento central da democracia é o valor da igualdade política”, a qual impede “a discriminação ou a exclusão de qualquer sorte, que negue a alguns o exercício de direitos”.<sup>922</sup> A dignidade, pois, aparece em sua função social de heteronomia, vedando a conduta individual em prol da dignidade do outro e de valores sociais.

Para afirmação da constitucionalidade da autorização legal para pesquisas científicas com células-tronco embrionárias autorizada pela Lei n. 11.105/2005<sup>923</sup>, o STF destaca que tal autorização não viola o direito à dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa, na verdade,

---

<sup>919</sup> Boletim Informativo STF n. 661, 9 a 13 de abril de 2012. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Destaque-se que o STF, embora tenha tratado da dignidade da mulher sob o aspecto reprodutivo, não estabeleceu parâmetros mais amplos quanto à liberdade reprodutiva das mulheres, limitando-se ao caso concreto da anencefalia.

<sup>920</sup> Inq 3.412 (2012). Interessante observar no caso – referente à possível prática de crime redução à condição análoga de escravo (art. 149 do Código Penal) – a existência de debate entre os julgadores acerca do uso indiscriminado da dignidade da pessoa humana nos julgamentos do STF. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

<sup>921</sup> HC 82.424 (2003). Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

<sup>922</sup> Idem, loc. cit.

<sup>923</sup> ADI 3.510 (2010). Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br).

“objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional”. Assim, o uso das células-tronco embrionárias traria, com base na dignidade da pessoa humana compreendida em sua faceta de solidariedade social, a possibilidade de efetivação concreta da dignidade das pessoas que padecem de moléstias.<sup>924</sup>

Em discussão acerca da constitucionalidade da prática de “brigas de galo”<sup>925</sup>, embora o STF tenha majoritariamente decidido a questão sob o ponto de vista do direito ambiental de proteção à fauna, o Ministro Cezar Peluso faz interessante argumentação com base na dignidade da pessoa humana em seu viés de heteronomia, na medida em que fixa que a prática “implica de certo modo um estímulo às pulsões mais primitivas e irracionais do ser humano”. Segue afirmando que “a proibição também deita raiz nas proibições de todas as práticas que promovem, estimulam e incentivam essas coisas que diminuem o ser humano como tal e ofende, portanto, a proteção da dignidade do ser humano”.<sup>926</sup>

Mais recentemente, ao tratar do valor da renda familiar mínima para concessão de benefício assistencial pecuniário, o STF, por meio de voto do Ministro Marco Aurélio Mello, buscou a densificação do conceito de dignidade justamente com base no valor intrínseco do ser humano, em sua autonomia e em seu valor comunitário. Afirma-se, assim, que deixar desamparado um ser humano desprovido inclusive dos meios físicos para garantir a própria manutenção (...)representaria expressa desconsideração" desse valor inerente, sendo necessário "o reconhecimento de esfera de proteção material do ser humano, como condição essencial à construção da individualidade e à autodeterminação no tocante à participação política", algo que "constituiria direito subjetivo de natureza pública".<sup>927</sup>

É relevante destacar, por fim, a presença de alguma preocupação do STF com o uso indiscriminado da dignidade humana como argumento.<sup>928</sup> Ao discutir a realização de exame de DNA pelo Estado, para fins de comprovação de paternidade, o STF consignou, por meio do Ministro Dias Toffoli, a desnecessidade de recurso ao argumento, sob pena de se tornar "verdadeira panacéia de todos os males". Afirma ainda ser "necessário salvar a dignidade da pessoa humana de si mesma, se é possível fazer essa anotação um tanto irônica sobre

---

<sup>924</sup> Idem. Loc. Cit.

<sup>925</sup> ADI 1856 (2011). Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

<sup>926</sup> Idem, loc. Cit.

<sup>927</sup> RE 567.985 (2013). Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

<sup>928</sup> Sobre o tema, cf. Título II, Cap. III, 2.2

os excessos cometidos em seu nome, sob pena de condená-la a ser, (...), 'um tropo oratório que tende à flacidez absoluta'".<sup>929</sup>

No campo prestacional, a jurisprudência do STF é bastante profícua, sendo marcada pela determinação do cumprimento de diversas políticas públicas referentes a diversas atividades prestacionais por parte do Estado, notadamente no campo da assistência social, da educação e, especialmente, da saúde.

Com bastante frequência<sup>930</sup>, as discussões que chegam ao STF guardam relação com pedidos individuais de fornecimento de medicamentos ou de tratamentos médicos, tendo como fundamento o direito fundamental à saúde incluído no rol de direitos fundamentais sociais (art. 6º, *caput*, CF/88) tido como "direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (art. 196, CF/88).<sup>931</sup>

O debate inicia-se por oportunidade de pedidos relativos ao fornecimento de medicamentos para HIV/AIDS. Nesses casos, baseando-se na premissa de que "o objetivo maior do próprio Estado" é "proporcionar vida gregária segura e com o mínimo de conforto suficiente a atender ao valor maior atinente à preservação da dignidade do homem"<sup>932</sup>, o STF afirma, RE n. 232.335<sup>933</sup>, que a saúde seria direito público subjetivo, de modo que o Poder Público deve formular e executar serviços públicos que garantam um acesso universal e igualitário. Diz ainda que o direito à saúde não pode ser interpretado como "promessa

---

<sup>929</sup> RE 363.889 (2011). Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

<sup>930</sup> Em estudo realizado por Daniel Wang, apurou o autor, do ano de 2006, a existência de 31 decisões sobre o tema, sendo que "11 pedem medicamentos para HIV (AgRg no AI 238328; AgRg no RE 257109; AgRg no RE 259508; AgRg no RE 268479; AgRg no RE 271286; AgRg no RE 273834; RE 232335; RE 237367; RE 242859; RE 264269; RE 267612); 3 pedem medicamento não fabricado no Brasil para tratamento de Fenilcetonúria (RE 195192; RE 198263; RE 198265), 2 pedem medicamento para tratamento de Hepatite C (AI 537237 e RE 353336); 2 pedem tratamento a base de implante de células-tronco em clínica nos Estados Unidos para distrofia muscular de Duchene (Pet 1246; AgRg em Pet 1246);" e outras 6 pedem medicamentos diversos. WANG, Daniel W. L. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito GV**. Vol. 4, n. 2, jul/dez, 2008, p. 539-568. Os julgados mencionados acima podem ser conferidos em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

<sup>931</sup> Note-se que a discussão do tema da saúde no contexto de uma situação individual e concreta é tida como uma peculiaridade do contexto brasileiro, pois, como lembra Avelã Nunes, "No que concerne ao direito à saúde, começarei por dizer que não conheço nenhum caso de um cidadão português (creio que o mesmo se passa nos outros países da Europa) que tenha ido a tribunal pedir a condenação do Executivo a adotar as medidas adequadas a efetivação do direito (individual) à saúde do requerente (fornecimento de medicamentos, recurso a meios de diagnóstico, realização de cirurgia ou outro tipo de tratamento)." NUNES, António Jose Avelãs. O Poder Judiciário, a Constituição e os direitos fundamentais. **Fórum administrativo**, p. 14.

<sup>932</sup> RE 247.900 (1999). Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

<sup>933</sup> RE 232.335 (2000). Idem.

constitucional inconseqüente”, sob pena de se configurar “um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado”. O STF é também enfático ao referir que a positivação dos direitos sociais, além de ser pressuposto indispensável à eficácia constitucional, impõe vínculo institucional ao Estado. Segundo o mesmo precedente, não seria suficiente que “o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que (...) seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito (...) se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional”.<sup>934</sup>

No mesmo sentido e servindo de *leading case*<sup>935</sup> é o significativo precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n. 271.286 AgR<sup>936</sup>. Na hipótese, afirma-se que “o Poder Público (...) não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por omissão, em censurável comportamento inconstitucional”, razão pela qual “o direito público subjetivo à saúde traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público (federal, estadual ou municipal), a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir a plena consecução dos objetivos proclamados no art. 196 da Constituição da República.”<sup>937</sup>

Por sua importância no contexto jurisprudencial do STF, vale transcrever o seguinte trecho do voto do Ministro Celso de Mello referente à interpretação da fundamentalidade e judiciabilidade dos direitos prestacionais sociais:

O sentido de fundamentalidade do direito à saúde - que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas - impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional. Ve-se, desse modo, que, mais do que a simples positivação dos direitos sociais (...) recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real

<sup>934</sup> RE 232.335 (2000). Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

<sup>935</sup> FIGUEIREDO, Mariana F.; SARLET, Ingo W. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de direito do consumidor**, n. 67, 2008, p. 125-172.

<sup>936</sup> RE n. 271.286(2000). Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

<sup>937</sup> Idem, loc. cit.



efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculado à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição. Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito - como o direito à saúde - se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional.

Nesses termos, conclui o julgado que a distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes volta-se à efetivação dos direitos fundamentais e "representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade".<sup>938</sup> Em julgamento subsequente, o STF é claro ao afirmar a saúde como direito fundamental judiciável, que deve ser efetivado pelo Estado de forma "plena" e "universal" por ser "promessa constitucional inconsequente". Por isso, caberia ao Poder Judiciário atuar quando o Poder Público for omissivo de forma "anômala", "arbitrária", "intolerável" ou por comportamento "desviante".<sup>939</sup>

Nessa linha, percebe-se uma posição inicial contundente do STF em prol da fundamentalidade dos direitos prestacionais, a existência de deveres estatais deles decorrentes e de sua exigibilidade judicial em caso de descumprimento. A argumentação consignada, apesar de sua força retórica, não apresenta, todavia, maiores considerações acerca do significado concreto das hipóteses em que a intervenção judicial é cabível. Além disso, é especialmente relevante a desconsideração da escassez inerente à atividade prestacional do Estado, sobretudo no que tange aos limites financeiros para sua efetivação e a repercussão comunitária de decisões individuais.

Quanto ao segundo ponto, é importante mencionar que a desconsideração da escassez não ocorre por omissão do exame do tema, mas por expressa negação de sua importância no debate jurisprudencial sobre o tema prestacional. Em um dos primeiros julgados sobre o tema<sup>940</sup>, afirma-se questões de limites financeiros consistem em "interesse

---

<sup>938</sup> RE 232.335 (2000). Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

<sup>939</sup> RE 273.834 (2000). Idem.

<sup>940</sup> Decisão monocrática da Presidência do STF, então exercida pelo Min. Celso de Mello, referente a realização de transplantes de células mioblásticas para portadores de Distrofia Muscular de Duchene. Cf. Pet 1.246 (1997). Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

secundário do Estado" que deve ser preterido em favor do "respeito indeclinável à vida", ponderação que se dá por "razões de ordem ético-jurídica".<sup>941</sup>

Na mesma orientação, afirma o STF que "a falta de previsão orçamentária não deve preocupar ao juiz", mas "ao administrador que deve atender equilibradamente as necessidades dos súditos, principalmente os mais necessitados e os doentes".<sup>942</sup> Segue afirmando que "problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente"<sup>943</sup> e que "em matéria tão relevante como a saúde, descabem disputas menores sobre legislação, muito menos sobre verbas, questão de prioridade".<sup>944</sup>

Nota-se, pois, que a questão dos limites financeiros é destacada como mero empecilho a ser ignorado ou afastado no escopo de concretização de direitos fundamentais, não havendo qualquer consideração séria sobre a indispensabilidade de meios materiais para a realização desse mesmo fim ou das repercussões comunitárias de gastos individuais.

Esse tema somente foi apreciado de forma mais sistematizada pelo STF por meio da ADPF n. 45, ajuizada em face de veto presidencial à lei orçamentária do ano de 2004, que teria implicado diminuição da quantidade de recursos destinados ao serviço público de saúde em ofensa ao art. 198, § 2º, da CF/88.<sup>945</sup> Nesse precedente, o STF chegou a consignar que os direitos sociais dependem "de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado" e que "a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar".

Assenta-se ainda que a exigência de determinada prestação estatal somente seria possível quando presentes, em conjunto, a "razoabilidade da pretensão em face do poder público" e "existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetiva as prestações positivas dele reclamadas". Ao mesmo tempo, remete à idéia de "mínimo para existência" ao dizer que essas contingências não podem servir como fundamento para permitir o comprometimento das "condições mínimas necessárias a uma existência digna e essencial à própria sobrevivência do indivíduo", condições essas que devem ser asseguradas pelo Poder Judiciário.<sup>946</sup>

---

<sup>941</sup> Idem, loc. cit.

<sup>942</sup> RE n. 271.286(2000). Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

<sup>943</sup> RE 195.192 (2000). Idem

<sup>944</sup> RE 198.263 (2001). Idem.

<sup>945</sup> ADPF 45 (2004). Idem.

<sup>946</sup> Idem, loc. cit.

Apesar de não ter havido julgamento definitivo do mérito<sup>947</sup>, a ADPF 45 inovou ao admitir expressamente a noção de reserva do possível como limite real para efetivação de direitos prestacionais, que são naturalmente condicionados às (im)possibilidades materiais e financeiras do Estado, desde que devidamente demonstradas. Assim, o STF estabeleceu o condicionamento da atividade prestacional à razoabilidade da pretensão no contexto social e a existência de disponibilidade material do Estado para sua efetivação.

A ADPF 45, que poderia ser considerado um indicativo de mudança no entendimento do STF sobre a matéria, não se mostrou, todavia, um *leading case* sobre a temática prestacional no STF. Em casos imediatamente subsequentes, o Tribunal, ao tratar do fornecimento de medicamentos, voltou a afirmar que "obstáculos de ordem burocrática ou orçamentária (...) não podem ser entraves ao cumprimento constitucional que garante o direito à vida."<sup>948</sup> Do mesmo modo, ao fixar o dever estatal de garantia de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade, o STF chega a dizer que alegações de "deficiência de caixa" são uma "eterna lengalenga", cabendo ao Estado "aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais".<sup>949</sup>

Um ponto fora da curva nesse período é a ADIn n. 3.324<sup>950</sup>, na qual o STF admitiu expressamente pela primeira vez a possibilidade de restrição a prestações estatais referenciáveis a direitos fundamentais com base na idéia de "reserva do possível". Curiosamente, tal precedente diz respeito a problema semelhante ao do referido caso *Numerus Clausus* da jurisprudência alemã, o qual deu origem a essa idéia: o acesso a vagas no ensino superior de universidades públicas. Na hipótese, afirmou-se a constitucionalidade de legislação que impunha limites para a transferência de alunos entre instituições de ensino, sendo consignado que, embora seja direito fundamental de natureza social, a educação é prestação "que se reveste, entre nós, da característica da escassez", de modo que há "necessidade de estabelecimento, pelo Estado, de critérios e mecanismos tendentes a disciplinar as formas de acesso a bem prestacional tão valioso". Menciona ainda que o número de vagas nos estabelecimentos de ensino é condicionado ao orçamento disponível, e, conseqüentemente, "não podem ser desconsideradas as limitações econômicas que

---

<sup>947</sup> Cumpre consignar que, após o pronunciamento do STF, emitido em decisão de medida cautelar, a norma vetada acabou por ser restaurada em nova lei (Lei n. 10.777/2003), de modo que a ADPF 45 acabou por ser julgada prejudicada, sem apreciação definitiva de mérito

<sup>948</sup> RE 342.413 (2004). Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

<sup>949</sup> RE 431.773 (2004). No mesmo sentido, cf. RE 356479 (2004); RE 401673 (2004); AgIn 474444 (2004); RE 411518 (2004); AgIn 475571 (2004); Idem.

<sup>950</sup> ADIn 3.324 (2005). Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

subordinam a atuação das Universidades Públicas quanto ao atendimento incondicional dos pedidos de transferência”.<sup>951</sup>

A ADIn 3.324, contudo, representou precedente isolado. Ao retornar ao tema do acesso ao ensino público de crianças de até seis anos de idade, por meio do atendimento em creches e pré-escolas, o STF novamente propugna que, em se tratando de direito fundamental social previsto na Constituição, a não prestação de serviços de educação “configura (...) inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal”. Além disso, diz que a educação infantil não poderia ficar sujeita a um “puro pragmatismo governamental” ou a um “amplo espaço de discricionariedade” do Poder Público que pudesse “nulificar este preceito fundamental”. Chega ainda a afirmar peremptoriamente, com base em doutrina, que “o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração”.<sup>952</sup>

Acrescente-se que os casos referentes ao fornecimento de tratamento de saúde e de medicamentos imediatamente posteriores à ADPF 45 também mantiveram a orientação pacífica de concessão de benefícios independentemente de consideração de custos ou outros limites argüidos pela Administração, não havendo qualquer precedente ou mesmo voto divergente até 2007 que admitisse a reserva do possível como argumento válido para impedir a concessão de pedidos de prestações materiais referentes ao direito à saúde.<sup>953</sup>

É justamente em 2007 que surge uma nova inflexão no sentido do reconhecimento jurisprudencial de limites para prestações materiais do Estado, a partir de decisões monocráticas da então Presidente do STF, Ministra Ellen Gracie.<sup>954</sup> Na SS 3.073 e na STA 91<sup>955</sup>, determinou-se a suspensão de determinações judiciais de tribunais inferiores de fornecimento de medicamentos não previstos em listagem elaborada dentro da

---

<sup>951</sup> Idem, loc. Cit.

<sup>952</sup> RE-AgR 410.715 (2006); RE-AgR 436.996 (2006). Idem

<sup>953</sup> WANG, Daniel W. L. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Revista Direito GV, p. 544.

<sup>954</sup> Os art. 297 do Regimento Interno do STF, art. 25 da Lei 8.038/90 e art. 4º, § 4º, da Lei 8.437/1992, prevêem a suspensão, pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, de decisões concessivas de segurança, de liminar e de antecipação dos efeitos de tutela contra o Poder Público, desde que a controvérsia constitucional travada na origem tenha o condão de causar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas.

<sup>955</sup> SS 3.073 (2007); STA 91 (2007). Disponíveis em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

discrecionalidade técnica do Ministério da Saúde, sob o argumento de não se pode priorizar interesses individuais em detrimento de políticas públicas de saúde voltadas à comunidade como um todo. Nesse sentido, as decisões são expressas ao afirmar a necessidade de se buscar "uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários", pois o direito fundamental à saúde seria referente à "efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas". Por isso, não se poderia ignorar a repercussão dos altos custos do medicamento pretendido pelo indivíduo para o fornecimento de "serviços de saúde básicos ao restante da coletividade", bem como o risco do "efeito multiplicador" de eventual decisão favorável.<sup>956</sup>

Todavia, vale frisar que a própria Ministra Ellen Gracie afirma, em casos posteriores, que tais precedentes não deveriam servir como percepção de uma mudança de paradigma na jurisprudência do STF em matéria prestacional. Segundo ela, tais decisões não poderiam ser sujeitas à uma "interpretação ampliativa", devendo os pedidos serem examinados "caso a caso, de forma concreta, e não de forma abstrata e genérica (...) não se estendendo os seus efeitos e as suas razões a outros casos, por se tratar de medida tópica, pontual".<sup>957</sup> Sob essa argumentação, findou-se por manter ou conceder prestações materiais individuais no campo da saúde, baseando-se na hipossuficiência dos pacientes, na gravidade das enfermidades, na continuidade do tratamento ou nos efeitos graves de sua interrupção.<sup>958</sup>

A questão dos limites de direitos prestacionais voltou à baila no STF no ano de 2009, novamente no campo do direito à saúde, mediante discussão da temática por meio de audiência pública convocada pelo então Ministro-Presidente Gilmar Mendes.<sup>959</sup> No ano de 2010, diversos casos de relatoria do mesmo Ministro Gilmar Mendes foram objeto de julgamento, nos quais se procurou firmar alguns parâmetros a respeito da efetividade dos direitos prestacionais no campo judicial.<sup>960</sup> Fixou-se, em primeiro lugar, o reconhecimento de

---

<sup>956</sup> Idem, loc. cit.

<sup>957</sup> SS 3.158 (2007); SS 3.205 (2007); SS 3.183 (2007); SS 3.231 (2007). Disponíveis em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

<sup>958</sup> Idem, loc. cit.

<sup>959</sup> A audiência pública, convocada nos termos do art. 13, XVII, c/c art. 363, III, do Regimento Interno do STF, realizou-se entre abril e maio de 2009, com a discussão, por diversos especialistas da área jurídica e médica, de temas diversos, dentre os quais as políticas públicas de saúde e o acesso à prestações materiais. Disponível em:

[www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma)

<sup>960</sup> STA 175, 211 e 278 (2010); SS 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355 (2010); SL 47 (2010). Disponíveis em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

um direito subjetivo e o cabimento da intervenção judicial no tema prestacional, uma vez que, na maioria dos casos, as questões concretas não guardam relação com uma omissão do legislador, mas sim no descumprimento de políticas públicas já estabelecidas legislativamente. Embora se tenha sempre decidido pelo fornecimento do medicamento ou tratamento requerido pelo indivíduo perante o Estado, procurou-se alertar para a primazia da Administração em fixar o modo de prestação do serviço de saúde pública ao se estabelecer a impossibilidade, em regra, de fornecimento de medicamentos ou tratamentos ainda não homologados pelo Ministério da Saúde, ressaltando, porém, a necessidade de constante atualização dos paradigmas oficiais de tratamento e possíveis omissões ou demoras administrativas nesse sentido. Lembra também a natureza comunitária do direito à saúde ao dizer que financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do sistema de saúde público e ao prejuízo do atendimento médico das demais parcelas da população.<sup>961</sup>

Mais uma vez, todavia, esses precedentes não parecem ter alterado a posição do STF quanto à concessão de direitos prestacionais de forma bastante ampla e sem considerações concretas sobre os limites de sua efetivação pelo Estado.

Nesse sentido, é interessante observar o ARE-AgR 639.227<sup>962</sup>, no qual a atividade prestacional é novamente debatida pelo STF no campo do direito ao acesso de crianças a creches e pré-escolas. Ali se faz longas referências genéricas a diversos temas pertinentes à questão prestacional, mencionando, inclusive, a escassez inerente dos recursos públicos e as conseqüentes "escolhas trágicas" que devem ser feitas com base na "dignidade da pessoa humana" e na "intangibilidade do mínimo existencial". Afirma-se, contudo, que a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada pelo Estado de forma a "inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição".

Por isso, o mínimo existencial - configurado como "complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna" que abrange uma garantia de "acesso efetivo a o direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos" - seria elemento de justificação de intervenção judicial para sanar omissões dos demais poderes comprometam a "eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de

---

<sup>961</sup> Idem, loc. cit.

<sup>962</sup> ARE-AgR 639.337 (2011). Disponíveis em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

estatura constitucional". <sup>963</sup> Conclui então o STF pelo dever estatal de disponibilizar vagas em creches e pré-escolas para todas as crianças que necessitarem, em locais próximos a suas residências ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, inclusive sob pena de multa em caso de descumprimento, mas sem qualquer indicação de como viabilizar praticamente o cumprimento desta decisão.

Novamente no campo da saúde, os casos mais recentes do STF voltam a posicionar-se majoritariamente pela concessão de todos os pleitos, sob o fundamento geral de que a saúde "é direito de todos e dever do Estado (...) incumbindo a este viabilizar os tratamentos cabíveis"<sup>964</sup>. Diz-se ainda expressamente que "a Administração não pode invocar a cláusula da 'reserva do possível' a fim de justificar a frustração de direitos previstos na Constituição da República, voltados à garantia da dignidade da pessoa humana, sob o fundamento de insuficiência orçamentária".<sup>965</sup> Há, em precedentes relatados pelo Ministro Luiz Fux, alguma indicação da noção de dignidade como auto-responsabilidade própria e dos familiares, ao se mencionar que a atribuição do Estado de "fornecer os produtos imprescindíveis a sua saúde" depende da comprovação da "carência de recursos da autora para arcar com o tratamento"<sup>966</sup>. Não há, contudo, maior desenvolvimento quanto às possibilidades de compartilhamento familiar do dever de sustento à saúde<sup>967</sup> ou de seu papel como limitador da responsabilidade prestacional do Estado.

O STF, por meio da relatoria do Ministro Celso de Mello, chega a retomar as razões de seu julgado original na Pet 1.246 para estabelecer que o fornecimento gratuito de meios indispensáveis ao tratamento e à preservação da saúde de pessoas carentes é dever constitucional que deve ser preservado por "razões de caráter ético-jurídico".<sup>968</sup> Ao mesmo tempo, defende a impossibilidade de invocação da reserva do possível "para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao Estado" de que a "colmatação de omissões inconstitucionais" seria uma "necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo de juízes e tribunais e de que resulta um positiva criação jurisprudencial do Direito".<sup>969</sup>

---

<sup>963</sup> Idem, loc. cit.

<sup>964</sup> RE 368.564 (2011). No mesmo sentido, cf. RE 607.381 (2011). Disponíveis em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

<sup>965</sup> AI 674.764 (2011). Loc. cit.

<sup>966</sup> RE 607.381 AgR (2011); RE 668.724 AgR (2012). Loc. cit.

<sup>967</sup> Função essa, aliás, que está expressamente previstas na Constituição brasileira, cf. arts. 227, 229, 230, CF/88.

<sup>968</sup> RE 716.777 AgR (2013). Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

<sup>969</sup> RE 581.352 AgR (2013). Loc. cit.

Os últimos casos trazidos ao STF sobre o tema prestacional seguem nessa mesma linha ampliativa. Ao determinar a instalação de serviços de assistência judicial a pessoas carentes por meio da Defensoria Pública, aduz novamente o Tribunal ser impossível se invocar a reserva do possível "para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao Estado".<sup>970</sup> Chega-se mesmo a reafirmar, de forma ampla e geral, que "a Administração não pode justificar a frustração de direitos previstos na Constituição da República sob o fundamento da insuficiência orçamentária".<sup>971</sup>

A partir dos julgados do STF sobre o tema acima exemplificados, infere-se que a forma de positivação dos direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988 acaba por ter grande influência na interpretação jurisprudencial da atividade prestacional do Estado, que valoriza de forma incisiva o dever estatal de prestação como instrumento de concretização de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados e o papel do Poder Judiciário para garantia dessa concretização.

Contudo, o que se mostra importante salientar da experiência jurisprudencial brasileira é que, salvo por precedentes isolados, o STF não traz maiores discussões acerca dos limites fáticos da atividade prestacional, especialmente os de natureza financeira e comunitária, limites esses que, por sua inerência, devem ser tomados como um dos pontos centrais de ponderação. Em precedentes recentes, notadamente naqueles posteriores a 2010, alguns argumentos sobre reserva do possível e repercussão comunitária das decisões individuais passaram a surgir nos julgados, mas apenas de forma bastante teórica e sem o seu devido e real confronto com as peculiaridades concretas invocadas pelo Estado como elementos inviabilizadores da pretensão.

Esse posicionamento do STF, ao contrário do que possa parecer, acaba por não contribuir com o ideário de defesa da força normativa dos direitos fundamentais prestacionais e de sua importância para consecução da proteção e promoção da dignidade da pessoa humana. Isso porque a força dos direitos fundamentais prestacionais e também da vinculação estatal de prestação nesse campo depende inexoravelmente da real capacidade do Estado de cumprir com seus deveres constitucionais de forma adequada e sem prejuízo de outras atividades de relevância constitucional equivalente. Negar essa realidade acaba por vulnerar o próprio espírito de promoção da dignidade humana presente na Constituição de

---

<sup>970</sup> AI-ED 598212 (2014). Loc. cit.

<sup>971</sup> RE-AgR 658171(2014). Loc. cit.



1988, pois, conforme já salientado, a mera previsão constitucional, embora sirva para vincular a atividade legislativa, não é suficiente para a realização de quaisquer direitos, mesmo em se tratando de direitos fundamentais.

## 5 O PODER JUDICIÁRIO E A ATIVIDADE PRESTACIONAL DO ESTADO

A análise de uma seleção de casos representativos da jurisprudência comparada permite, como visto, uma revisão crítica dos argumentos veiculados nos respectivos precedentes à luz das teses defendidas ao longo deste estudo. Essa mesma análise, todavia, possibilita uma reflexão ainda mais ampla, referente ao próprio papel do Poder Judiciário na efetivação de prestações materiais estatais voltadas à garantia e promoção de direitos fundamentais.

Uma primeira orientação possível nesse debate aponta que as ações governamentais que se propõem a concretizar os objetivos estatais, inclusive os relacionados a direitos prestacionais, estariam - à luz da acepção clássica do princípio da separação de poderes do Estado - inteiramente à margem da atuação do Poder Judiciário.

O princípio da separação de poderes origina-se com John Locke<sup>972</sup>, mas é desenvolvida de forma mais completa por Charles-Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu, em sua obra “Espírito das Leis”.<sup>973</sup> Surgida como meio de impedir concentração de poderes e impedir o despotismo real, sob o argumento de que “trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites”<sup>974</sup>, a separação de poderes de Montesquieu impunha um papel bastante restrito ao Poder Judiciário.<sup>975</sup>

---

<sup>972</sup> Embora na teoria de Locke o Judiciário não seja considerado com um dos “poderes” do Estado. LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

<sup>973</sup> SECONDAT, Charles-Louis de, Barão de Montesquieu. **Espírito das leis**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1996 (1748).

<sup>974</sup> Ibidem, Livro XI, cap. IV.

<sup>975</sup> Isso se deve ao contexto do Judiciário francês à época, sobre o qual observa Luiz Guilherme Marinoni: “Antes da Revolução Francesa, os membros do judiciário francês constituíam classe aristocrática não apenas sem qualquer compromisso com os valores da igualdade, da fraternidade e da liberdade – mantinham laços visíveis e espúrios com outras classes privilegiadas, especialmente com a aristocracia feudal, em cujo nome atuavam sob as togas. Nesta época, os cargos judiciais eram comprados e herdados, o que fazia supor que o cargo de magistrado deveria ser usufruído como uma propriedade particular, capaz de render frutos pessoais. Os juízes pré-revolucionários se negavam a aplicar a legislação que era contrária aos interesses dos seus protegidos e interpretavam as novas leis de modo a manter o *status quo* e a não permitir que as intenções progressistas dos seus elaboradores fossem atingidas. Não havia qualquer isenção para “julgar”. A preocupação em desenvolver um novo direito e permitir o desabrochar de uma nova sociedade exigiu a admissão dos argumentos de Montesquieu aceitando-se a necessidade de separação dos poderes e impondo-se, sobretudo,

O poder de julgar - “tão terrível entre os homens” - deveria ter a menor relevância possível e os julgamentos deveriam ser fixos, “a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto preciso da lei”. Para Montesquieu, “os juízes da nação são apenas (...) a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor.” Isso porque não haveria “liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do poder executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao Poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor”.<sup>976</sup>

Tal idéia de total vinculação à lei encontra clara repercussão na doutrina processualista, quando se afirma, por exemplo, que a jurisdição seria uma “atividade intelectual do juiz” voltada a “afirmar existente ou não existente uma vontade concreta da lei em relação às partes”, não podendo haver “sujeição à jurisdição senão onde pode haver sujeição à lei”<sup>977</sup>. O papel do Poder Judiciário seria assim a simples aplicação da norma geral criada pelo legislador, devendo o juiz atuar “como um ‘simples operador de um maquinário desenhado pelo legislador’, ou seja, de forma altamente mecânica e sem criatividade, tanto no que diz respeito a questões processuais quanto substantivas”.<sup>978</sup>

Assim sendo, o Poder Judiciário não deveria interferir em quaisquer escolhas de ordem política feitas pelo legislador, especialmente no que diz respeito a temas tão complexos quanto a atividade prestacional do Estado.

Tal vedação ocorreria, primeiramente, por não ter o Poder Judiciário legitimidade democrática para tanto. Os juízes, não sendo eleitos pelo povo, não seriam sujeitos ao controle social indispensável para a realização de escolhas valorativas.<sup>979</sup> Segundo Jeremy Waldron, “ao privilegiar a maioria dos votos entre um pequeno número de juízes não eleitos e não responsabilizáveis, [o *judicial review*] priva os cidadãos comuns de seus direitos e rejeita estimados princípios de representação e igualdade política na resolução final de questões de direito.”<sup>980</sup>

---

uma clara distinção entre as funções do legislativo e do judiciário”. MARINONI, Luiz G. **Precedentes obrigatórios**. 2 ed. São Paulo: RT, 2012, Cap. 1.

<sup>976</sup> SECONDAT, Charles-Louis de, Barão de Montesquieu. **Espírito das leis, Livro XI, Cap. IV e VI**.

<sup>977</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 2, p. 55.

<sup>978</sup> TOHARIA, Jose-Juan. **El juez español**. Madri: Tecnos, 1975, p. 24.

<sup>979</sup> Nesse sentido, cf. ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 137

<sup>980</sup> WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (orgs.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 94.

Logo, a judiciabilidade da normas de direitos prestacionais acabaria por empregar aos direitos fundamentais uma autonomia tal que se poderia inclusive dispensar qualquer concretização legislativa. Com isso, a Constituição encerraria todo o sistema jurídico (*Grundordnung*), dedutivamente concretizado a partir dela pelo Poder Judiciário, e o processo democrático perderia boa parte de sua relevância.<sup>981</sup>

Ligado a esse primeiro argumento, uma segunda objeção seria a de que o Poder Judiciário não seria o espaço propício para debates acerca de políticas públicas, uma vez que os juízes não teriam capacidade funcional para tratar de questões que envolvem temas que fogem ao âmbito estritamente jurídico.<sup>982</sup> Uma tentativa de fixação judicial de políticas públicas prestacionais esbarraria na dificuldade de espaço para os necessários debates acerca dos *tradeoffs* indispensáveis para a realização da atividade prestacional<sup>983</sup>, que dependem de padrões sociais e políticos vigentes em determinado tempo e comunidade<sup>984</sup> e de um planejamento global e multifatorial de atuação administrativa para o qual o Poder Judiciário não estaria legitimado a realizar.<sup>985</sup>

---

<sup>981</sup> BÖKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang, **Estudios sobre Estado de Derecho y la democracia**. Madrid: Trotta, 2000, p. 185/197. Na mesma orientação, vale transcrever as recentes críticas de Avelã Nunes: "Qual o critério do juiz para decidir qual a *política mais eficaz e mais adequada*? O critério invocado pela parte interessada para justificar em juízo que a melhor política é a que satisfaz os seus *interesses individuais*? Ou o critério do próprio juiz, i.e, as suas próprias *opções políticas*, que se sobreporiam as dos órgãos do *poder político, eleitos* para o efeito de serem *politicamente responsáveis* pelas escolhas que fizerem e pelas decisões que tornarem? Enquanto *órgãos de soberania*, os tribunais, num estado de direito democrático-constitucional, só têm as competências que lhes são atribuídas pela Constituição. Não podem arrogar para si próprios um qualquer 'poder de revelação dos valores fundamentais da comunidade'. Não podem substituir o povo soberano, nem sequer os seus representantes eleitos democraticamente." NUNES, António Jose Avelãs. O Poder Judiciário, a Constituição e os direitos fundamentais. **Fórum administrativo**, Belo Horizonte, ano 13, n.145, mar/2013, p. 32. (itálicos no original).

<sup>982</sup> MÜLLER, J. P. *apud* SARLET, Ingo W., **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 286

<sup>983</sup> Cf. Título IV, Cap. II, 2.

<sup>984</sup> RAO, Neomi, Three concepts of dignity in Constitutional Law. **Notre Dame Law Review**, Vol. 86, No. 1, maio/2011, p. 239. Segundo Waldron, o *judicial review* "não fornece, como frequentemente se alega, uma maneira pela qual uma sociedade possa claramente enfocar as questões reais em jogo quando cidadãos discordam sobre direitos: pelo contrário, ele os distrai com questões secundárias sobre precedentes, textos e interpretação." WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (orgs.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 94.

<sup>985</sup> Tratando das dificuldades judiciais na concretização de direitos sociais, questiona Cass Sunstein: "se um estado provê pouca ajuda para aqueles que buscam moradia, talvez isso se deva ao fato do estado estar concentrado na provisão de empregos ou em programas de saúde pública ou na educação infantil. Seria um tribunal capaz de supervisionar todos os programas governamentais, a fim de garantir que o estado está dando ênfase nas áreas corretas? Como um tribunal pode ter o conhecimento ou fazer julgamentos de valor que o habilitassem a fazer isso?" SUNSTEIN, Cass R. **Designing democracy: what Constitutions do**. Oxford: Oxford University Press, 2001, cap. 10, p. 221. Na defesa da inviabilidade do controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, Avelã Nunes afirma que "os tribunais não são a sede própria para se avaliar a *eficácia* ou *adequação* da política de saúde existente. Os tribunais não têm *capacidade técnica* para fazer esta avaliação. Não cabe aos tribunais decidir se uma dada política de saúde *é* ou *não é mais eficaz e a mais adequada*, tendo em conta os recursos que os poderes públicos competentes afetaram a política de saúde (nomeadamente através das

A atuação do Judiciário encontraria ainda o desafio prático de não ter instrumentos constitucionais de controle de "quanto, com que finalidade e como se deve gastar de recursos públicos"<sup>986</sup>, razão pela qual seria "fútil apoiar-se no Judiciário para prestar direitos sociais básicos para os menos favorecidos, se os ramos políticos não estão dispostos a isso", pois são eles que detêm o "invejado 'poder da bolsa'".<sup>987</sup> Logo, uma intervenção do Poder Judiciário na fixação de políticas públicas prestacionais implicaria uma indevida substituição do administrador público pelo juiz<sup>988</sup>, a quem caberia "determinar a direção da economia, estabelecer o currículo das escolas, determinar a política ambiental – em resumo, governar".<sup>989</sup>

Essa orientação é, como visto, a predominante na compreensão jurisprudencial norte-americana sobre o tema. Embora seja o berço da *judicial review*<sup>990</sup> e tenha tradição de defesa da preponderância da opinião judicial acerca do ordenamento jurídico constitucional<sup>991</sup>, a Suprema Corte adota, de forma clara, a tese de vedação de intervenção do

---

verbas inscritas nos orçamentos votados pelos órgãos competentes). Se o tribunal entender que pode analisar estas questões e concluir que a política adotada não é a mais eficaz ou a mais adequada, *é ele que vai decidir qual é a mais eficaz e mais adequada?* Em que ficamos? Os tribunais podem ou não *definir políticas públicas?* E claro que podem, em nenhuma circunstância". NUNES, Antônio Jose Avelãs. O Poder Judiciário, a Constituição e os direitos fundamentais. **Fórum administrativo**, p. 32. (itálicos no original).

<sup>986</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. **Revista de Direito do Estado**, vol. 3. Rio de Janeiro: Renovar, jul.-set. 2006, p. 25 (itálicos no original).

<sup>987</sup> CROSS, Frank R. The error of positive rights. **UCLA law review**. Vol. 48, n. 4, 2001, p. 887/ 904. Além disso, a concretização judicial de direitos prestacionais traria outros problemas. Observa Frank Cross: "como o Tribunal decidiria se o indivíduo seria carente o suficiente para se qualificar a invocar o direito? Deveria haver um padrão absoluto ou relativo? E qual o nível quantitativo desse padrão? Se o autor da ação qualifica-se abaixo do padrão fixado, deveria o Tribunal determinar simplesmente que a esse indivíduo (e presumivelmente todos os outros em situação similar) deveria ser pago uma certa quantia de dinheiro mensal ou determinar a prestação de serviços (tais como vales de aluguel e alimentação)? A assistência deveria ser uniforme nacionalmente ou geograficamente diferenciada? (...) Poderia o Tribunal considerar a possibilidade do autor ter responsabilidade por seu estado de carência? E se ele tivesse perdido dinheiro no jogo? Ou perdido o emprego por justa causa?" Ibidem, loc. cit.

<sup>988</sup> Isso se daria a partir da invasão da função de gestão decorrente do exame judicial de atos políticos, com consequente violação da separação de poderes. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 848-851. No mesmo sentido, cf. MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 9. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 464.

<sup>989</sup> MACKELM, Timothy *apud* TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights**, p. 225.

<sup>990</sup> Como se sabe, é no famoso precedente *Marbury v. Madison* que primeiro se afirmou a possibilidade teórica de controle judicial de constitucionalidade de normas legais, dentro de uma idéia de controle mútuo e equilíbrio entre os poderes estatais Cf. 5 U.S 137 (1803). Disponível em: <http://supreme.justia.com>

<sup>991</sup> O sistema judicial dos Estados Unidos adota a visão de que "as interpretações constitucionais razoáveis das cortes prevalecem sobre as do legislador" ao afirmar que as cortes federais são "supremas na exposição da norma da Constituição" (*Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1, 18 (1958)) e que o Congresso não tem o poder de "alterar" o teor da norma constitucional conforme definido pela Suprema Corte (*City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997)). Sobre o tema, observa criticamente Mark Tushnet trata-se de um verdadeiro "autoritarismo constitucional" da Suprema Corte, que resiste em reconhecer qualquer grau de legitimidade ao exercício de interpretação do direito por parte de outros poderes que não o Judiciário, mesmo o Poder Legislativo. TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights**, p. 21-22; Idem. Ceticismo sobre o judicial review. Uma

Poder Judiciário para afirmar uma proteção constitucional implícita à dignidade da pessoa humana. De forma ainda mais veemente, defende a proibição de determinação judicial de atividades prestacionais do Estado para garantia e promoção dessa dignidade, cabendo inteiramente ao legislativo tratar do intrincado conjunto de fatores necessários à programas prestacionais, pois, repita-se, não caberia ao Poder Judiciário "criar direitos constitucionais substantivos em nome de garantia do direito de igualdade de proteção perante a lei"<sup>992</sup>.

No extremo oposto da controvérsia aparece a defesa do protagonismo do Poder Judiciário na definição da atividade prestacional do Estado, que se delineia de forma contundente na jurisprudência brasileira sobre o tema.

Nesse sentido, e partindo da premissa de aplicabilidade imediata das normas constitucionais de direito fundamental, essa corrente defende que não poderia o Poder Judiciário se furtar à tarefa de concretizá-las, invocando-as diretamente do ordenamento constitucional<sup>993</sup>, mesmo que, para isso, seja necessário adentrar no campo das escolhas políticas.<sup>994</sup> A indeterminação de conteúdo das normas de direitos fundamentais de natureza prestacional, em vez de óbice, seria a justificativa para que o Poder Judiciário agisse no sentido de realizar políticas públicas nessa área, implicando necessariamente o reconhecimento de um alto grau de criatividade do juiz.<sup>995</sup>

Ainda que se admita alguma prerrogativa do Legislativo ou do Executivo, sua omissão na concretização de valores estabelecidos no ordenamento constitucional deveria ser corrigida e controlada pelo Poder Judiciário<sup>996</sup>. Tal intervenção poderia ocorrer, inclusive, mediante a fixação de metas e prioridades na efetivação de direitos fundamentais e

---

perspectiva dos Estados Unidos. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (orgs.). **Limites do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 240.

<sup>992</sup> 411 U.S. 1, 33 (1973). Disponível em: <http://supreme.justia.com>

<sup>993</sup> Nestes termos, Dirley da Cunha Júnior: "Firmamos nossa posição em favor da direta e imediata aplicação de todas as normas definidoras de direitos fundamentais, independentemente de qualquer *interpositio legislatoris*, que é até desnecessária. Isso significa que a norma princípio do art. 5.º, § 1.º, da Constituição Federal, tem por finalidade irrecusável propiciar a aplicação imediata de todos os direitos fundamentais, sem necessidade de qualquer intermediação concretizadora, assegurando, em última instância, a plena justiciabilidade destes direitos, no sentido de sua imediata exigibilidade em juízo, quando omitida qualquer providência voltada à sua efetivação. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 268.

<sup>994</sup> FREIRE JUNIOR, Américo B. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: RT, 2005, p. 61.

<sup>995</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993, p. 39/68.

<sup>996</sup> COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 210; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 285-326.

determinação de formas de alocação de recursos e de gestão de sua aplicação.<sup>997</sup> Isso seria especialmente relevante no contexto brasileiro, cujo déficit social "estrondoso" implicaria "a necessidade de uma maior atuação do Judiciário de maneira a resgatar as promessas não adimplidas da modernidade e a efetivar o que o Legislativo e o Executivo prevêem, mas não cumprem adequadamente"<sup>998</sup>.

Tal orientação, aliás, encontra respaldo na jurisprudência do STF, que é afirmativa no sentido de ser possível "ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes", pois a omissão dos Poderes Legislativo e Executivo em sua prerrogativa de formular e executar políticas públicas importaria "em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório" e comprometeria "a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional".<sup>999</sup>

Ao se defrontarem com os empecilhos trazidos pela separação de poderes, defensores do protagonismo judicial como Andreas J. Krell defendem que a incapacidade do Executivo e do Legislativo "em garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais" imporia uma "revisão do vetusto dogma da separação de poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos do Estado Social."<sup>1000</sup> Segundo essa tese, o administrador não teria, nessas hipóteses, discricionariedade para deliberar no tocante à conveniência e oportunidade de implementar políticas públicas, discriminadas na ordem social constitucional, porquanto tal já teria sido estabelecido pelo constituinte e pelo legislador ordinário.<sup>1001</sup>

As questões orçamentárias, por sua vez, tal como refletidas nos precedentes do STF, não são tidas como relevantes ou, quando muito, devem ser afastadas por não serem

---

<sup>997</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. **Revista de Direito do Estado**, p. 54.

<sup>998</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 93-95. Na mesma orientação, aponta Daniel Sarmento: "Em face do quadro de sistemática violação de direitos de certos segmentos da população, do arranjo institucional desenhado pela Carta de 88, e da séria crise de representatividade do Poder Legislativo, entendo que o ativismo judicial se justifica no Brasil, pelo menos em certas searas, como a tutela de direitos fundamentais". SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 137.

<sup>999</sup> RE 594018 AgR (2009); RE 603575 AgR (2010). Disponíveis em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

<sup>1000</sup> KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, p. 22-23.

<sup>1001</sup> FRISCHEISEN, Luíza Cristina Fonseca. **Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 90 e ss

suficientes para justificar o descumprimento de deveres constitucionais do Estado ou frustrar direitos constitucionalmente consagrados. Assim, discussões acerca de "escolhas trágicas", custos financeiros e reserva do possível, mencionadas anteriormente<sup>1002</sup>, não deveriam ser aplicadas no campo da atividade prestacional do Estado ligada a direitos fundamentais. Segundo Andreas Krell, entre cuidar de "milhares de doentes vítimas de doenças comuns à pobreza ou um pequeno número de doentes terminais de doenças raras ou de cura improvável", o ordenamento constitucional determinaria "tratar todos!". Caso não haja recursos suficientes para isso, sugere o autor "retirá-los de outras áreas (transporte, fomento econômico, serviço de dívida) onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade física e saúde."<sup>1003</sup> A existência de limites materiais fáticos de natureza orçamentária seria "justificativa muito cruel" que não poderia "ser apresentada à população do nosso país".<sup>1004</sup>

Não haveria de se falar ainda em "déficit democrático" da jurisdição constitucional, uma vez que a sentença judicial deveria ser entendida como decorrente de um processo judicial judicial dialético em que os destinatários da solução concreta dada pelo juiz participam intensamente da sua formação, sendo até mais aberto e participativo do que o próprio processo legislativo.<sup>1005</sup> Ademais, o Poder Judiciário seria especialmente hábil para discutir políticas públicas, pois os juízes estariam "numa posição melhor para identificar o *ethos* da comunidade" por estarem "fora da arena política" e "isolados das pressões políticas do momento".<sup>1006</sup>

---

<sup>1002</sup> Cf. Título IV, Cap. II

<sup>1003</sup> KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**, p. 52-53.

<sup>1004</sup> MATTAR, Leonardo L. O acesso às prestações de saúde no Brasil: desafios ao Poder Judiciário. Audiência Pública perante o STF. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma)

<sup>1005</sup> Segundo Nagibe Jorge de Melo Neto, a sentença não pode ser vista sob o parâmetro kelseniano de mero ato de vontade unilateral do juiz. Para o autor, os princípios processuais da inércia, do contraditório e da ampla defesa, bem como os deveres de imparcialidade e de fundamentação impostos constitucionalmente fazem com que o processo judicial seja propício à participação efetiva dos interessados, oportunizando um debate regido por parâmetros racionais e garantindo uma decisão democrática, na medida em que assegura a participação real dos interessados de forma transparente e em paridade de armas. JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**: concretizando a democracia e os direitos fundamentais sociais. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 76 e ss. Sobre o tema, cf. ainda CATTONI, Marcelo. **Devido processo legislativo**: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. NUNES, Dierle J. C. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

<sup>1006</sup> BINENBOJM, Gustavo. Duzentos anos de jurisdição constitucional. As lições de Marbury v. Madison. In: SARMENTO, Daniel (org). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**, p. 232. Segue o autor: "Além disso, ao contrário dos políticos, juízes são partes desinteressadas, o que os habilita, nas palavras do Juiz Stone, 'a um sóbrio segundo olhar'. Segundo, o insulamento e o maravilhoso mistério do tempo dão às cortes a capacidade de apelar para o melhor da natureza humana, de guiar-se por suas maiores aspirações, que podem ser esquecidas nos momentos de grande comoção social." Ibidem, loc. cit.

Nesse contexto, o Poder Judiciário atingiria, por meio da jurisdição constitucional, um patamar de um legislador concorrente ou mesmo primaz, estabelecendo a realização do Direito diretamente da ordem constitucional a partir de uma pauta axiológica de convicções tidas pelos juízes como majoritárias na sociedade<sup>1007</sup>, adquirindo feições de verdadeiro “salvador da República”.<sup>1008</sup>

Os argumentos apresentados ao longo deste estudo levam, todavia, à inevitável rejeição tanto da noção de protagonismo judicial nas decisões criativas e valorativas no campo dos direitos prestacionais quanto da tese de seu completo afastamento do âmbito de discussão da efetivação da atividade prestacional do Estado.

Nessa orientação, cumpre reforçar, de pronto, a importância do argumento da reserva do possível na seara prestacional<sup>1009</sup>, por vezes ignorado pelo protagonismo judicial. Como visto, mesmo em Estados ricos, nunca será possível o atendimento de todas as necessidades materiais da população, que crescem na mesma proporção em que cresce o nível de prestações garantidas pelo Estado.<sup>1010</sup> Por essa razão, não se pode responsabilmente ignorar considerações acerca dos limites materiais da atividade prestacional, ou mesmo relegar tais argumentos a questões “menores” ou “secundárias” como, por exemplo, majoritariamente faz a jurisprudência brasileira.<sup>1011</sup>

Vale lembrar que não há “direitos de borla”<sup>1012</sup>, sejam eles referentes a direitos tidos como sociais ou de liberdade. A realidade - por vezes cruel, não se pode negar - é que a escassez é indissociável à atividade prestacional do Estado, e qualquer manifestação judicial que ignore essa realidade inevitavelmente implicará em simples exortações sem maiores conseqüências práticas, a não ser a perda da relevância jurídico-política do próprio Poder Judiciário.

Na mesma linha de raciocínio, há de se ter em conta também os efeitos do protagonismo judicial na efetividade e alcance comunitário da atividade prestacional do Estado. Considerando que todas as demandas materiais individuais têm repercussões para o atendimento de demandas de outros indivíduos e da comunidade como um todo, nota-se que

---

<sup>1007</sup> HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**, p. 326 e ss.

<sup>1008</sup> BERCOVICI, Gilberto. A Constituição dirigente e a crise da teoria da Constituição. In: LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto *et al* (Org.). **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 77.

<sup>1009</sup> Cf. Título IV, Cap. II, 3.

<sup>1010</sup> Cf. Título IV, Cap. II, 2.

<sup>1011</sup> Em crítica ao STF nesse sentido, cf. NUNES, António Jose Avelãs. O Poder Judiciário, a Constituição e os direitos fundamentais, p. 24.

<sup>1012</sup> NABAIS, José Casalta, **Por uma liberdade com responsabilidade**, p. 176.



o protagonismo judicial enseja a multiplicação de demandas individuais que, dentro de uma “miopia cognitiva” derivada da própria estrutura processual clássica, “limita o raio de avaliação jurisdicional às balizas do caso concreto, à micro-justiça da lide submetida à sua apreciação”.<sup>1013</sup> Desse modo, questões fundamentais como limites materiais de fato parecem ter menor importância<sup>1014</sup>, pois se ignora a inevitável repercussão comunitária de tais decisões.<sup>1015</sup>

Deve-se lembrar que a dignidade da pessoa humana não pode ser considerada a partir de um prisma unicamente individualista. Sua vertente social estabelece a apreciação do indivíduo como inevitavelmente inserido em uma sociedade comprometida com valores e projetos comunitários. Essa noção de comunidade impõe a cooperação e solidariedade entre as pessoas, do que decorre o papel heteronômico da dignidade como elemento justificador de limites a direitos fundamentais.<sup>1016</sup>

Acrescente-se ainda o risco de favorecimento de pessoas ou grupos que possuem capacidade de informação e organização, além de capacidade econômica de arcar com os custos de litigar, em detrimento daqueles menos informados, mobilizados e providos de recursos, cuja dignidade corre mais riscos em face da ausência de condições materiais de vida autônoma.<sup>1017</sup>

---

<sup>1013</sup> ALCÂNTARA, Gisele C. Sampaio. Judicialização da saúde: uma reflexão à luz da teoria dos jogos. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XVI, n. 57, maio./ago. 2012, p. 90-91.

<sup>1014</sup> “Tomada individualmente, não há situação para a qual não haja recursos. Não há tratamento que suplante o orçamento da saúde ou, mais ainda, aos orçamentos da União, de cada um dos Estados, do Distrito Federal ou da grande maioria dos municípios. Assim, enfocando apenas o caso individual, vislumbrando apenas o custo de cinco mil reais por mês para um coquetel de remédios, ou de cento e setenta mil reais para um tratamento no exterior, não se vê a escassez de recurso, mormente se adotado o discurso de que o Estado tem recursos ‘nem sempre bem empregados.’” AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**, p. 146-147.

<sup>1015</sup> Segundo Fernando F. Scaff, as decisões do STF, especialmente no campo da saúde, acabam por confundir direitos sociais com direitos individuais ao fazer “de forma individual o que deveria ser implementado através de políticas públicas”, gerando abalos financeiros e comprometimento de capacidade de implementação dessas últimas. Para o mesmo autor, com isso, “aprisiona-se interesse social e concede-se realce ao direito individual”. SCAFF, Fernando F. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. **Revista dialética de direito tributário**, v. 51, 2007, p. 94; No mesmo sentido, leciona Avelãs Nunes: “os Tribunais entendem que podem dispor de dinheiros públicos (mesmo que não inscritos no orçamento da saúde) para financiar *planos individuais de saúde* (em regra de indivíduos bem colocados na vida), pouco lhes importando que, deste modo, impeçam ou dificultem o financiamento público de direitos sociais de milhares de cidadãos, de entre os mais pobres, os mais vulneráveis e os mais desprotegidos. (...) A meu ver, o contraste entre o *direito individual* (o *interesse individual*) e o *direito coletivo* (o *interesse coletivo*) não é um ‘falso dilema’, como alguns querem fazer crer. Invocar o ‘sagrado nome’ da Constituição para justificar o financiamento público de planos de saúde individuais, sacrificando o direito de todos à saúde, mediante adequadas políticas sociais e econômicas, é, guardadas as distâncias, um verdadeiro sacrilégio” NUNES, António Jose Avelãs. O Poder Judiciário, a Constituição e os direitos fundamentais, p. 23. (itálicos no original). Sobre o tema, cf. ainda NUNES, António Jose Avelãs; SCAFF, Fernando F. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

<sup>1016</sup> Cf. Título VI.

<sup>1017</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. **Revista de direito do**

Nesse ponto, poder-se-ia invocar que a natureza transindividual dos direitos fundamentais prestacionais poderia ser adequadamente considerada no âmbito das ações de natureza coletiva, uma vez que elas permitiriam “atingir todas as pessoas que se encontrem na mesma situação fática”, bem como a ponderação de múltiplos interesses por meio da “participação de vários entes políticos e sociais (...) por meio do instituto do *amicus curiae* (ou seja, terceiros interessados na lide poderiam participar do feito, trazendo dados, cálculos, argumentos).”.<sup>1018</sup>

Sem que se faça necessário adentrar na discussão processual da tutela coletiva<sup>1019</sup>, observa-se que a introdução do elemento coletivo acaba por evidenciar ainda outras dificuldades, ao se lançar luz sobre os diversos elementos de ordem material necessários para a realização de escolhas alocativas que estariam fora do âmbito de atuação do Poder Judiciário, por implicar verdadeiramente formulação e execução de políticas públicas gerais de cunho prestacional.

Igualmente, uma tutela judicial coletiva diretamente derivada da Constituição no campo prestacional traduziria nada menos do que definir o conteúdo dos direitos dos cidadãos a prestações positivas do Estado. Todavia, considerando que a atividade prestacional do Estado deve espelhar os valores da comunidade, as escolhas quando ao seu âmbito e extensão devem recair preferencialmente sobre “um poder constituído, com legitimidade democrática e politicamente responsável perante a comunidade”.<sup>1020</sup> Surge novamente, então, a discussão acerca da legitimação democrática da atividade judicial no âmbito dos direitos prestacionais.

Apesar de não se desconsiderar a mencionada defesa da presença do elemento democrático na dialética processual, há de se ter em conta que, mesmo quando garantida a efetivação participação das partes no convencimento do juiz, em paridade de condições - o que nem sempre ocorre - o enfoque predominantemente individualista da relação processual

---

**Estado**, p.34; BARROSO, Luis Roberto. A falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial **Revista Jurídica UNIJUS**. V.11, n. 15, Nov/2008, p. 27.

<sup>1018</sup> TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 67.

<sup>1019</sup>Sobre o tema, cf.Zavascki, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007

<sup>1020</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. O “direito ao mínimo de existência condigna” como direito fundamental a prestações estaduais positivas – uma decisão singular do Tribunal Constitucional: anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n. 509/02. **Jurisprudência Constitucional**, n. 1, jan/mar de 2004. Lisboa, Aatric, 2004, p. 23.

ordinária e as inexoráveis repercussões comunitárias das decisões individuais acabam por afastar por completo do processo decisório vasta gama de pessoas diretamente afetadas pela decisão judicial. Ademais, mesmo nas demandas coletivas, não há necessariamente uma efetiva participação popular, mas sim o envolvimento de determinados grupos sociais organizados ou mesmo de um órgão do próprio Estado, como é o Ministério Público no contexto brasileiro.

É certo que a efetivação de direitos fundamentais prestacionais é vital para a própria democracia, na medida em que permitem ao indivíduo a autonomia necessária para participar, de forma concreta e consciente, do “processo político democrático, bem como de participar no diálogo no espaço público.”<sup>1021</sup> Não obstante, a assunção dessa tarefa no Poder Judiciário acaba por concentrar nos tribunais decisões que, inevitavelmente, têm efeitos políticos, de modo que devem ser prioritariamente tomadas por agentes eleitos periodicamente.<sup>1022</sup>

Não se duvida também que, ao menos em tese, estariam os Tribunais isolados de pressões políticas e eleitorais, o que permitiria a avaliação do temas com base em argumentos racionais e jurídicos e não em interesses políticos. Os interesses políticos, porém, não podem ser ignorados na fixação dos limites do papel prestacional do Estado, pois refletem – ou deveriam refletir – as opiniões majoritárias e as preferências da comunidade a qual ela se destina, que devem, por sua vez, serem conhecidas pelos formuladores de políticas públicas prestacionais.

Entendimento diverso implicaria na equiparação do juiz uma função semelhante ao rei-filósofo de Platão, ser virtuoso por excelência cujo domínio do conhecimento e da razão por meio da educação seria suficiente para conduzir os destinos da sociedade em seus todos os seus pormenores.<sup>1023</sup> Tal posição, todavia, superestima o poder da razão e despreza a

---

<sup>1021</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. **Revista de direito do Estado**. v. 1, n. 3, jul./ set. 2006., p. 26. No mesmo sentido, consigna Cláudio P. Souza Neto: “Os direitos fundamentais sociais estão na base do regime democrático, na medida em que atuam como fatores que fomentam a democracia, possibilitando que os cidadãos exerçam influência sobre os destinos da comunidade. Sem acesso à educação, por exemplo, é mais difícil compreender as questões que envolvem a comunidade e influenciar a vida pública. Portanto, atuando na concretização judicial dos direitos sociais, o poder judiciário contribui para que a cidadania tenha lugar”. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010, p. 523-524.

<sup>1022</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 17.

<sup>1023</sup> Segundo conhecida analogia de Platão, o rei-filósofo seria equiparado ao “verdadeiro piloto” de um Estado-navio, “que deve estudar o tempo, as estações do ano, o céu, os astros, os ventos, se quiser de fato tornar-se capaz de dirigir um navio”, sendo essa comparação explicada para reconheceres a imagem do tratamento que é dispensado aos verdadeiros filósofos nas cidades”. PLATÃO. **A República**. São Paulo: Nova Cultural, 1997, § 196.

manifestação democrática da soberania popular, tornando o Poder Judiciário um verdadeiro “superego coletivo de uma sociedade órfã, carente de tutela”<sup>1024</sup> e colocando os direitos prestacionais sob a “tutela paternalista dos *sábios*”.<sup>1025</sup>

Embora não deva - em face das razões acima expendidas - ser o protagonista na fixação do papel prestacional do Estado, é certo também que o Poder Judiciário tem papel fundamental na efetivação de direitos fundamentais prestacionais voltados à garantia e promoção da dignidade da pessoa humana. Aplica-se, neste ponto, o clássico brocado aristotélico *in medio stat virtus*<sup>1026</sup>, que se reflete, em alguma medida, na jurisprudência lusitana e, de forma mais clara, na jurisprudência alemã sobre a temática prestacional.

Sobre o devido papel do Poder Judiciário na atividade prestacional do Estado, há de se ter em consideração, de partida, que a referida visão tradicional da separação de poderes não se adéqua, em sua inteireza, à defendida concepção de Estado Constitucional Democrático de Direito.<sup>1027</sup> Nesse cenário, o poder estatal é uno e emanado do povo, que é seu verdadeiro titular, sendo, portanto, caracterizado justamente por sua indivisibilidade.

---

<sup>1024</sup> MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos estudos CEBRAP**, nº 58, nov/2000. São Paulo: Ed. Brasileira de Ciências, p.183-202. Dentro de ótica psicanalítica, Jaqueline Barus-Michel observa que essa posição busca no Poder Judiciário um substituto da figura do “pai” historicamente desempenhada pela Monarquia, que, segundo Freud e Lacan, representa a origem, o fundamento e a realização daquilo que constitui a figura da Lei. BARUS-MICHEL, Jacqueline. A democracia ou a sociedade sem pai. In: ARAÚJO, José Newton *et al.* **Figura paterna e ordem social: tutela, autoridade e legitimidade nas sociedades contemporâneas**. Belo Horizonte: PUC Minas, 2001, p. 35.

<sup>1025</sup> AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 119 (itálico no original). No mesmo sentido, criticando especificamente o STF brasileiro no que entende ser uma verdadeira “supremocracia”, consigna Oscar Vilhena Vieira: “Durante toda a República o papel de árbitro último dos grandes conflitos institucionais, que no Império cabia ao Poder Moderador, foi ora exercido pelo Exército (...). Com a Constituição de 1988 este poder moderador concentra-se na esfera do Supremo. Mais do que isto, dada a ambição constitucional e a larga esfera de atribuições do Tribunal, o Supremo passa a ser responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos outras vezes substituindo as escolhas majoritárias. Se esta é uma atribuição comum a outros tribunais constitucionais ao redor do mundo, a distinção do Supremo é de escala e de natureza. Escala, pela quantidade de temas que no Brasil têm natureza constitucional e são reconhecidas pela doutrina como passíveis de judicialização: de natureza pelo fato de não haver qualquer obstáculo para que o Supremo aprecie atos do poder constituinte reformador” VIEIRA, Oscar V. Supremocracia. In: SARMENTO, Daniel (org). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 487-488.

<sup>1026</sup> “As ações estão sujeitas a se tornarem imperfeitas ou por defeito ou por excesso; por exemplo, tanto os exercícios excessivos quanto os escassos prejudicam o vigor; o beber e o comer superabundantes ou insuficientes arruinam a saúde. O mesmo se dá com a moderação, a coragem ou as outras virtudes; de fato, quem foge ou teme todas as coisas e não enfrenta nada, torna-se tímido; quem, ao contrário, não teme nada, enfrenta qualquer coisa e se torna temerário; quem goza toda sorte de prazeres e não se abstém de nenhum, torna-se intemperante; mas quem evita todos os prazeres, torna-se insensível. De modo que também a moderação e a coragem são arruinadas tanto pelo excesso como pela deficiência, mas são preservadas pela via do meio”. ARISTÓTELES, **Ética a Nicômaco**, 1106b, 37 e 38.

<sup>1027</sup> Cf. Título III, Cap. I, 4.

O exercício desse poder, por sua vez, é que é atribuído aos diversos órgãos estatais, servindo o princípio da separação de poderes para evitar a concentração e, conseqüentemente, a possibilidade de abuso do poder.<sup>1028</sup> Para além de evitar abusos derivados de sua concentração, o princípio da separação de poderes também aparece como instrumento de organização do exercício do poder estatal, a partir de uma divisão de responsabilidades entre diversos atores, voltada à otimização da qualidade e eficiência da atuação das instituições públicas para a realização interdependente dos objetivos estatais.<sup>1029</sup> A preocupação, sob esse prisma, não é propriamente com o controle do poder, mas com a atribuição de funções específicas a órgãos especialmente criados para o seu desempenho.<sup>1030</sup> Nesses termos, o princípio da separação de poderes implica “tão-somente divisão do objeto, das tarefas, dos trabalhos e assuntos pertinentes à ação do Estado, em suma, na boa linguagem jurídica, divisão de competência e não do poder do Estado propriamente dito.”

Essa divisão das funções estatais é estabelecida dentro de um marco fixado por cada ordenamento constitucional.<sup>1031</sup> Tradicionalmente, porém, pode-se afirmar que cabe ao Legislativo a obrigação elaborar leis que cumpram os princípios e normas constitucionais e ao Executivo o dever de pôr em prática as leis e a Constituição. O Poder Judiciário, por sua vez, tem a função última de garantia do ordenamento jurídico, cabendo-lhe o papel de dizer de forma independente e imparcial se os demais atores estatais cumpriram a missão constitucional que lhes competia.

Assim, se o Legislativo ou o Executivo contrariaram a Constituição ou se furtaram ao seu cumprimento, terá o Judiciário o poder-dever de efetivação constitucional.<sup>1032</sup> Essa concepção, na verdade, não é nova e se origina na doutrina federalista norte-americana.

---

<sup>1028</sup> Uma vez que o “Estado de Direito é sempre o Estado onde impera a limitação de poderes” BONAVIDES, Paulo, **Curso de direito constitucional**, p. 511.

<sup>1029</sup> Cf. Título IV, Cap. III, 2.

<sup>1030</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

<sup>1031</sup> Como bem destaca Peter Häberle, “o direito constitucional positivo de muitos países tem criado na atualidade alguns órgãos constitucionais novos (...), os quais devem ser incorporados no quadro conjunto do equilíbrio de poderes (...) Deve-se fazer notar que se tem multiplicado o número de poderes no marco dos processos sociais de crescimento do Estado Social” HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional**. México: Universidad Autónoma de México, 2003, p. 203 (tradução nosso). Trata-se, aqui, do conceito de “quarto poder”, atribuídos a órgãos como tribunais de contas, bancos centrais, ombudsmen ou ministério público, conforme as peculiaridades constitucionais de cada local.

<sup>1032</sup> No contexto do direito português, observa Carlos Blanco de Moraes que “no âmbito do modelo do Estado Social de Direito, impera o entendimento segundo o qual a ordenação das funções do Estado se afere, não em função de um qualquer arquétipo teórico, mas sim em razão da arquitetura orgânica das atividades e competências estabelecidas por cada Constituição em concreto, o que exclui a idéia de uma separação estrita de funções públicas por órgãos necessariamente distintos.” Cf. MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de direito constitucional**. Tomo I. Coimbra: Coimbra ed., 2008, p. 40.

Dentro de um modelo formulado por Alexander Hamilton, os limites à atividade legislativa encontram-se fixados na Constituição, não cabendo ao próprio legislador estabelecer quais são esses limites. Por isso, e também por se tratar do ramo “menos perigoso” do Estado (por não dispor da força ou do tesouro), caberia ao Poder Judiciário a função de interpretar a Constituição e as leis, extraindo delas o seu real sentido.<sup>1033</sup> Por essas razões, o princípio de “separação de poderes” não deve ser encarado como tendo natureza estanque, mas sim por meio da perspectiva de controle mútuo entre os diferentes órgãos estatais, por meio do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*). Mais adequado, portanto, falar-se atualmente em “tripartição de funções estatais” do que de “separação de poderes”.<sup>1034</sup>

Tal percepção, aliás, é incorporada na maioria dos ordenamentos constitucionais, como se pode extrair, por exemplo, do art. 2º da Constituição Federal do Brasil, do art. 111 da Constituição de Portugal e do art. 20, n. 2 da Lei Fundamental alemã.<sup>1035</sup> Em consonância com Peter Häberle, pode-se afirmar então que o princípio da separação de poderes não é somente um “mecanismo protetor negativo contra o abuso de poder”, mas verdadeiro “elemento capital do Estado Constitucional moderno”, podendo falar mesmo da existência de um “direito fundamental à separação de poderes”, pois, “em última instância, [o princípio] encontra-se a serviço dos direitos do homem e da proteção da liberdade do indivíduo”.<sup>1036</sup>

Dentro dessas premissas, nota-se que a dogmática de Montesquieu do juiz como mera *bouche de la loi* não mais persiste, notadamente em face do inequívoco papel do Poder Judiciário de controle de constitucionalidade do ordenamento jurídico<sup>1037</sup> e sua decorrente

---

<sup>1033</sup> Sobre o tema, cf. HAMILTON, A.; JAY, J.; MADISON, J. **Os artigos federalistas**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

<sup>1034</sup> Nesse sentido, cf. BONAVIDES, Paulo, **Curso de direito constitucional**, p. 511 e ss; LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1986.

<sup>1035</sup> O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha expressa bem esse entendimento ao reconhecer que a tônica do art. 20, n. 2, da Lei Fundamental não é um rompimento “absoluto” ou “puro” entre os poderes do Estado, mas sim o estabelecimento de “um controle mútuo das instituições públicas e, com isso, a moderação da soberania estatal” exercida em conjunto pelo Executivo, o Legislativo e o Judiciário. BverGE 95, 1 [42,43] (1996). Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv095001.html>.

<sup>1036</sup> HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional**, p. 223 e ss.

<sup>1037</sup> Sobre o tema do controle de constitucionalidade, que foge aos limites deste estudo, cf., sob o aspecto geral, BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012; MENDES, Gilmar M. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: inconstitucionalidade e garantia da Constituição. Tomo VI. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. Sobre a discussão específica acerca das chamadas “sentenças aditivas”, mais ligada ao tema ora discutido, cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, p. 1017 e ss; MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**: o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

vinculação à pauta axiológica presente no ordenamento constitucional.<sup>1038</sup> Logo, embora vinculado à norma legal, o Poder Judiciário tem sua vinculação primeira com os preceitos constitucionais de direitos fundamentais, cuja eficácia irradiante se estende a todas as funções estatais, inclusive a executiva.<sup>1039</sup> A supremacia constitucional faz com que o juiz deixe de ser "um servo da lei" para assumir "o dever de dimensioná-la na medida dos direitos positivados na Constituição."<sup>1040</sup>

O reconhecimento dessa transformação do papel do Poder Judiciário no contexto das funções estatais, notadamente no exercício da jurisdição constitucional, não o exime, porém, do dever de respeitar os limites funcionais da atividade jurisdicional estabelecidos constitucionalmente<sup>1041</sup>, do que resulta a necessidade de observação - tal como ressaltado pela orientação predominante nas jurisprudências alemã e portuguesa - de uma prerrogativa dos demais "poderes" estatais na delimitação do alcance da atividade prestacional do Estado

Nos termos já estabelecidos,<sup>1042</sup> as normas que consagram direitos fundamentais são, em sua maior parte, principiológicas, de modo que todos os direitos fundamentais como um todo são sujeitos a uma indeterminação essencial de seu conteúdo normativo, dependendo, portanto, de densificação para sua efetivação.<sup>1043</sup> No campo dos direitos fundamentais prestacionais, verifica-se que essa indispensabilidade de densificação de conteúdo implica que sempre haverá um "espaço de conformação legislativa, por não haver uma medida certa nem uma forma única de cumprir o imperativo constitucional, que não é concreto".<sup>1044</sup>

Robert Alexy lembra que a Constituição deve ser considerada um ordenamento de enquadramento (*Rahmenordnung*), de modo que há sempre uma discricionariedade estrutural para o legislador, em diferentes níveis. A discricionariedade quanto aos meios, especialmente relevante no campo prestacional, diz respeito à escolha de um entre os diversos meios de atuação estatal para a efetivação de direitos fundamentais. Caso haja variação no alcance da prestação, deve-se reconhecer ao legislador a discricionariedade de ponderação – ligada à noção de reserva do possível – pelo que se extrai que o imperativo de otimização das normas

---

<sup>1038</sup> Sobre o tema, Cf. Título I, Cap. II, 1.

<sup>1039</sup> Sobre o tema, cf. Título II, Cap. V, 3.

<sup>1040</sup> MARINONI, Luiz G. **Precedentes obrigatórios**, p. 40.

<sup>1041</sup> ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 411-412.

<sup>1042</sup> Cf. Título III, Cap. III, 3

<sup>1043</sup> Nesse sentido, observa Sérgio Correia: "a aplicação directa de preceitos sobre direitos fundamentais requer sempre, embora em graus diferentes, a execução pelo aplicador de uma tarefa hermenêutica de densificação do âmbito das situações protegidas pela norma e das faculdades que integram o conteúdo da protecção por ela concedida.". CORREIA, J. M. Sérgio. **Direitos fundamentais**: sumários. Lisboa: AAFDL, 2002, p. 79.

<sup>1044</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República portuguesa**, p. 21.

principiológicas não traduz a exigência de o legislador concretize a norma da forma mais ampla possível.<sup>1045</sup>

Como bem pondera Mark Tushnet, em muitas ocasiões o Legislativo e o Judiciário podem discordar acerca da interpretação de disposições constitucionais, e ambos os entendimentos serem absolutamente razoáveis.<sup>1046</sup> Assim, deve-se reconhecer ao legislador a prioridade de ação na definição dos meios em os direitos sociais devem ser assegurados concretamente, pois “a escolha dos valores e interesses prevaletentes em cada caso deve, a princípio, ser da responsabilidade de autoridades cuja legitimidade repouse no voto popular, devendo o Judiciário, em linha geral, acatar as ponderações feitas pelo legislador.”<sup>1047</sup>

Cumpra destacar que essa margem de atuação não deve ser reconhecida somente ao Legislativo, mas também ao Executivo. Mesmo depois da ação do legislador no sentido de densificar os direitos fundamentais sociais por meio de normas legais, a efetividade desses direitos depende inteiramente da Administração<sup>1048</sup>, a quem cabe, além de regulamentar as leis, disponibilizar as verbas, infra-estrutura e pessoal sem os quais não há atividade prestacional alguma.<sup>1049</sup>

Deve-se, assim, reconhecer aos “poderes políticos do Estado ampla margem de atuação no desenho e execução dessas políticas”<sup>1050</sup>, uma vez não ser da função originária e imediata do Poder Judiciário a tomada de decisões complexas em matéria de

---

<sup>1045</sup> ALEXY, Robert, **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 388-425.

<sup>1046</sup> TUSHNET, Mark, **Weak courts, strong rights**, p. 21. No contexto norte-americano, prevalece o entendimento de que opinião das cortes devem prevalecer, sendo sua interpretação final e definitiva (*strong-form judicial review*). No caso *Cooper v. Aaron*, por exemplo, a Suprema Corte estabeleceu que o legislador deve seguir as interpretações das cortes federais sobre a Constituição (358, US, 1, 18 (1958)); no caso *City of Boerne v. Flores* (521 US 507 (1997)), foi afirmado que os únicos direitos constitucionais que o Congresso poderiam promover por via legislativa seriam aqueles reconhecidos pela Suprema Corte. *Ibidem*, loc. Cit.

<sup>1047</sup> SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000, p. 114. Para Humberto Ávila, por sua vez, o Legislativo tem “uma espécie de prerrogativa de avaliação (...) escolher as premissas empíricas”. Consequentemente, o Legislativo também possui uma margem de prognose, em relação “à previsão dos efeitos futuros da adoção de uma medida que visa a promover efeitos relativos ao interesse público”. ÁVILA, Humberto. Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, nº 236, p. 369-384, abr./jun. de 2004, p. 380-381.

<sup>1048</sup> “Parece relativamente tranqüila a idéia de que as grandes linhas das políticas públicas, as diretrizes, os objetivos, são opções políticas que cabem aos representantes do povo, e, portanto, ao Poder Legislativo, que as organiza sob forma de leis, para execução pelo Poder Executivo, segundo a clássica tripartição das funções estatais em legislativa, executiva e judiciária. Entretanto, a realização concreta das políticas públicas demonstra que o próprio caráter diretivo do plano ou do programa implica a permanência de uma parcela da atividade “formadora” do direito nas mãos do governo (Poder Executivo), perdendo-se a nitidez da separação entre os dois centros de atribuições.” Cf. BUCCI, Maria P D, **Direito Administrativo e políticas públicas**, p. 269.

<sup>1049</sup> OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, p. 30.

<sup>1050</sup> ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2004, p. 248-249.



políticas públicas, num contexto de escassez que impõe a realização de “escolhas trágicas”.<sup>1051</sup> Essas escolhas dependem de uma ampla margem de ponderação que é prerrogativa do Legislativo e do Executivo, conclusão que se baseia não somente na tripartição de funções estatais, nos termos ora configurados, mas também no próprio princípio democrático.

Dito isso, volta-se a frisar que a devida interpretação do princípio da separação de poderes e do Estado Constitucional Democrático de Direito impõe a participação ativa do Poder Judiciário na tutela da dignidade da pessoa humana tanto em sua acepção individual quanto social, com decorrente papel essencial na concretização dos direitos fundamentais como um todo. Essa participação ocorre sempre que a norma de direito fundamental não deixe margem ao legislador para conformação<sup>1052</sup>, na hipótese, rara no campo prestacional, de norma de direito fundamental com natureza de regra.<sup>1053</sup> Mais freqüentemente, opera-se em face de circunstâncias concretas em que, por decorrência de condutas comissivas ou omissivas dos demais poderes, haja fundado risco de vulneração da dignidade humana por

---

<sup>1051</sup> Para Gustavo Amaral, numa realidade de “de meios escassos para atender a necessidades ilimitadas (..) há nela uma constante escolha. (..) Nessa circunstância, (..) deslocar a competência para o Judiciário em hipóteses que envolvam ‘escolhas dramáticas’ é querer alargar para aquele Poder competências que não são suas. (..)AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e conflito entre poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.110/115.

<sup>1052</sup> Como bem observa Jorge Reis Novais, a judiciabilidade direta de normas constitucionais de direitos fundamentais “cresce de forma inversamente proporcional à progressão da margem de livre decisão do legislador implicada nas situações referidas” (..)“quando a norma constitucional de direito fundamental é determinada e auto-suficiente, a margem de conformação do legislador é diminuta e o juiz pode, conseqüentemente, recorrer diretamente à norma de direito fundamental para reconhecer a existência de um direito subjetivo público mesmo na ausência de decisão do legislador; ou anular a decisão do legislador com fundamento na inconstitucionalidade.”. NOVAIS, Jorge Reis, **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**, p. 120/123. Então, nas hipóteses em que as normas de direitos fundamentais tenham natureza de regra, não caberia ao legislador qualquer papel criativo, permitindo assim sua judiciabilidade direta. Sobre o tema, recorre-se novamente às lições de Reis Novais: " Se quisermos, no domínio dos direitos fundamentais aquela relação unidireccional, perspectivada naqueles termos estritos, só existe quando a norma constitucional assume a natureza inequívoca de regra, ou seja, quando o legislador constituinte já ponderou tudo quanto havia a ponderar e fechou a norma de direito fundamental —seja de direitos de liberdade ou de direitos sociais— a qualquer intervenção criativa por parte do legislador ordinário. Assim, quando o legislador constituinte diz, por exemplo, que 'em caso algum haverá pena de morte' (art. 24º, nº 2), que 'é proibido, nos termos da lei, o trabalho de menores em idade escolar' (art. 69º, nº 3) ou que compete ao Estado 'assegurar o ensino básico universal, obrigatório e gratuito' (art. 74º, nº 2, alínea a)), a margem de decisão ou de ponderação deixadas ao legislador ordinário são inexistentes ou mínimas. A norma de direito fundamental fica praticamente esgotada em termos materiais pela norma constitucional ; a intervenção do legislador ordinário tem um carácter meramente regulamentador, procedimental ou institucional, praticamente sem carácter jusfundamental autónomo." NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**, p. 155

<sup>1053</sup> É certo que os direitos fundamentais de defesa têm, de modo geral, um maior grau de definição semântica derivada de sua própria estrutura funcional. Isso facilita a aceitação doutrinária de sua judiciabilidade diretamente derivada da norma constitucional, pois haveria uma limitação natural da autonomia do legislador a ensejar a fixação, pelo juiz, de uma norma individual de decisão, à luz das circunstâncias do caso concreto, diretamente da norma constitucional. Cf. CORREIA, J. M. Sérvulo. Interrelação entre os regimes constitucionais dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais e o sistema constitucional de autonomia do legislador e de separação e interdependência de poderes: teses. **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes**. Lisboa: Coimbra Editora, 2004. P. 969-970

desatendimento de exigências materiais referenciáveis ao chamado "mínimo para existência"<sup>1054</sup>. Contexto semelhante pode mesmo vir a gerar, em casos excepcionais de completa omissão, direitos a prestações originários (*originäre Teilhaberechte*) diretamente da Constituição.<sup>1055</sup>

Logo, cabendo ao Estado o dever de agir para garantia da dignidade humana também em sua vertente social, a efetivação de direitos fundamentais voltados para esse fim não prescinde, como bem lembra Canaris, de uma "transposição pelo direito infraconstitucional", mas o legislador, dentro de sua prerrogativa de conformação, encontra parâmetros "entre as proibições da insuficiência e do excesso"<sup>1056</sup>, bem como na transparência dos critérios adotados à luz dos interesses e particularidades econômicas e materiais da comunidade. No caso de falha do Legislativo nessa tarefa, ou do Executivo na sua aplicação concreta, cabe ao Judiciário aplicar a Constituição, para declarar a inconstitucionalidade das condutas legislativas ou administrativas ou ainda a inconstitucionalidade da omissão dos demais poderes na proteção e promoção de direitos fundamentais prestacionais.

Sem embargo, faz-se necessário frisar que isso não dá ao Judiciário um poder de livre criação de deveres prestacionais do Estado, restringindo-se a zelar "para que os direitos sejam tutelados de acordo com as normas constitucionais, para que os direitos fundamentais sejam protegidos e efetivados ainda que ignorados pelo legislador e para que os direitos fundamentais sejam tutelados no caso concreto mediante a aplicação da regra do balanceamento".<sup>1057</sup> Não se trata, portanto, de uma substituição dos demais poderes no sentido de normatizar direitos fundamentais prestacionais, mas sim garantir que eles não deixem de ter efetividade alguma, como conseqüente violação do ordenamento constitucional.<sup>1058</sup>

---

<sup>1054</sup> Cf. Título V, Cap. II, 2.

<sup>1055</sup> Cf. Título III, Cap. III, 2. Nesse sentido, vale rememorar a discussão do Acórdão n. 509/2002 do Tribunal Constitucional português (item 3 deste capítulo).

<sup>1056</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**, p. 138.

<sup>1057</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. Vol. 1. 6. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 105.

<sup>1058</sup> Segundo Canaris, a margem de discricionariedade legislativa não se identifica com a margem de intervenção judicial, pois "a proibição da insuficiência não coincide com o dever de proteção, mas tem, antes, uma função autônoma relativamente a este. Pois se trata de dois percursos argumentativos distintos, pelos quais, em primeiro lugar, se controla se existe, de todo, um dever de proteção, e, depois, em que termos deve este ser realizado pelo direito ordinário sem descer abaixo do mínimo de proteção jurídico-constitucionalmente exigido. No controle de insuficiência trata-se, por conseguinte, de garantir que a proteção satisfaça as exigências mínimas na sua eficiência" CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**, p. 139.

É inegável que, ao agir dessa forma, há alguma atividade criativa por parte do Poder Judiciário ao especificar, diante das circunstâncias concretas, quais os deveres estatais e qual a abrangência desses deveres para a garantia desse mínimo necessário para o resguardo e fomento da dignidade da pessoa humana. Quanto a isso, importa lembrar que, em se tratando de questões referentes a direitos fundamentais, a decisão judicial opera necessariamente dentro de um contexto de concretização de normas principiológicas, tornando difícil a distinção de uma linha demarcatória entre os precedentes interpretativos e os de criação do direito.<sup>1059</sup>

Ao mesmo tempo, é natural que, em decisões sobre o tema prestacional, “considerações jurídicas teóricas se confundem com as considerações jurídicas políticas”, mas, considerando a pauta axiológica subjacente a questões dessa natureza, “a idéia da pureza das ciências não é prejudicada [por isso] desde que se indique com clareza o limite entre ciência e política”.<sup>1060</sup> Surge daí a importância essencial da fundamentação das decisões judiciais como meio de legitimação da intervenção judicial no campo prestacional.<sup>1061</sup>

Do mesmo modo que a Administração não pode invocar a reserva do possível como “argumento-coringa” para justificar restrições a atividades prestacionais sem trazer qualquer comprovação dos alegados impedimentos<sup>1062</sup>, não basta ao juiz invocar genericamente os argumentos da dignidade da pessoa humana, dos direitos fundamentais e da proporcionalidade para determinar prestações estatais da melhor forma que lhe aprouver, sem confrontá-los de forma lógica com a situação fática apresentada no caso concreto.

Há de lembrar que a argumentação judicial não se identifica com uma lógica subjetiva e arbitrária, mas sim da construção de idéias realizada a partir dos valores constitucionais, do que resulta a extensão ou restrição do alcance de determinada norma legal<sup>1063</sup> ou, em casos excepcionais, da aplicação direta e justificada da Constituição para a solução da lide posta em juízo.<sup>1064</sup>

---

<sup>1059</sup> MACCORMICK, Neil *et al* (ed.) **Interpreting precedents: a comparative study**. London: Dartmouth, 1997 p. 485.

<sup>1060</sup> ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Bauru: EDIPRO, 2000, p. 383/387.

<sup>1061</sup> MARINONI, Luiz G. **Precedentes obrigatórios**, p. 73.

<sup>1062</sup> Cf. Título IV, Cap. II, 3.

<sup>1063</sup> Como bem ressalta Luiz Guilherme Marinoni, “ao juiz é necessário, quando da afirmação de inadequação da lei a um direito fundamental, argumentar que a decisão do parlamento interfere sobre o bem que foi excluído da sua esfera de disposição. Não se trata apenas de opor o direito fundamental à lei, mas, antes de tudo, de demonstrar, mediante adequada argumentação, que a decisão legislativa contrasta com o direito fundamental. Ou seja, a mera oposição entre direito fundamental e lei, que colocaria em rota de colisão os direitos fundamentais com a democracia, passa a significar uma oposição entre a argumentação jurisdicional em prol da sociedade e a decisão tomada pelo legislativo. Existiria, assim, uma representação argumentativa a

Ignorar tal exigência acarreta em verdadeiro “decisionismo” judicial, pelo qual, em detrimento do ordenamento jurídico, os princípios de direitos fundamentais acabam por se tornar “verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser”.<sup>1065</sup> Isso acaba por atentar contra o próprio propósito original da participação do Poder Judiciário na garantia de uma maior efetivação dos direitos fundamentais em um Estado Constitucional Democrático de Direito, por banalizar o recurso direto à dignidade humana e aos direitos fundamentais<sup>1066</sup>, e, por consequência, diminuir sua importância prática e seu peso argumentativo.

Vale frisar ainda que o papel do Poder Judiciário é delimitado pelas limitações inerentes à tutela jurisdicional direta de direitos fundamentais prestacionais, quer pela natural incapacidade de avaliar questões voltadas a planejamentos administrativos complexos e de longo prazo inerentes às políticas públicas prestacionais, quer pela própria estrutura tradicional do processo judicial, moldado em uma lógica de que “uma parte ganha e a outra perde” que nem de longe se adéqua como modelo de solução de questões dessa natureza.<sup>1067</sup> É natural que os órgãos estatais tenham sua estrutura e seu procedimento de atuação conformados de acordo com as tarefas a serem desempenhadas por eles no contexto constitucional, e o Poder Judiciário, por certo, não tem como função primordial o exercício

---

cargo da jurisdição em face de uma representação política concretizada na lei. (...) É preciso que a representação argumentativa supere a representação política”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**, p. 91.

<sup>1064</sup> Sobre o interessante tema da lógica e argumentação jurídicas, que escapa aos limites da presente discussão, cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2008; ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2002; COELHO, Fábio Ulhoa. **Roteiro de lógica jurídica**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009; FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 2004; DI GIORGI, Beatriz *et al.* **Direito, cidadania e justiça: ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas**. São Paulo: RT, 1995; HABERMAS, Jürgen. **La ética del discurso y la cuestión de la verdad**. Buenos Aires: Paidós, 2006; PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

<sup>1065</sup> SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Lumen Juris, 2006, p. 200. No mesmo sentido, advertem Dorf e Tribe que a Constituição não é “um espelho por meio do qual é possível enxergar aquilo que se tem vontade” ou “bola de cristal com a qual podemos ver qualquer coisa que queremos”. DORF, Michael & TRIBE, Laurence. **Hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.3/17.

<sup>1066</sup> Isso acarretaria, segundo Vieira de Andrade, uma radicalização dos direitos fundamentais, que traria como consequência um “jusfundamentalismo” e uma “emocionalidade jurídica”. ANDRADE, José Carlos V., **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**, p. 145 e ss.

<sup>1067</sup> ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 150

de escolhas que, por seus inexoráveis desdobramentos materiais e comunitários, estão na esfera legislativa e administrativa.<sup>1068</sup>

Considera-se, assim, que o Poder Judiciário exerce, sim, um papel relevante no resguardo e incremento da noção de dignidade da pessoa humana no campo prestacional, mas não deve ser o ator principal dessa missão. Dentro da noção de separações de funções do Estado, a atividade judicial deve ser necessariamente articulada com os demais atores públicos na consecução dos fins estatais determinados substancial e objetivamente pelos direitos fundamentais<sup>1069</sup>, servindo como colaborador no sentido de trazer ao debate omissões e falhas específicas<sup>1070</sup>, de discutir prioridades, de modo geral, trazer maior visibilidade a temas antes ignorados pelos demais ramos do Estado.<sup>1071</sup> Consoante a síntese precisa de Luiz Roberto Barros, “o Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação. De outra parte, não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos”.<sup>1072</sup>

---

<sup>1068</sup> Nesses termos, Daniel Sarmento recomenda uma postura de auto-contenção judicial, “seja por respeito às deliberações majoritárias adotadas no espaço político, seja pelo reconhecimento da falta de expertise do Judiciário para tomar decisões que promovam eficientemente os valores constitucionais em jogo, em áreas que demandam profundos conhecimentos técnicos fora do direito”, SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 137-138.

<sup>1069</sup> Como bem evidenciam Gauri e Brinks, o reconhecimento da judiciabilidade da atividade prestacional “não depende (...) dos tribunais tomarem decisões finais ou absolutas, assim usurpando as funções de instituições mais representativas. Em vez disso, nossa definição reconhece a natureza aberta e interativa das decisões judiciais, sugerindo que o poder de realização de políticas públicas não é um jogo de soma zero entre os ramos estatais”. GAURI, V.; BRINKS, Daniel M. (org). **Courting social justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 4.

<sup>1070</sup> O mesmo particularismo da decisão judicial que ora é trazido como obstáculo à atuação judicial, é tida por Souza Neto como vantagem, “por permitir que juízes considerem particularidades que o legislador, ao editar normas gerais e abstratas, não é capaz de prever.” SOUZA NETO, Cláudio P. de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, C. P. de (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 517-518.

<sup>1071</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**, p. 153-154. Na mesma orientação posicionam-se Abramovich e Courtis: “O Poder judicial não tem a incumbência de definir políticas públicas, mas a de confrontar o desenho de políticas assumidas com os padrões jurídicos aplicáveis e - no caso de encontrar divergências - reenviar a questão aos poderes competentes para que eles reajam ajustando conseqüentemente a sua atividade. Quando as normas constitucionais ou legais fixem pautas para a definição de políticas públicas e os poderes respectivos não tiverem adotado nenhuma medida, caberá ao Poder Judicial reprovar essa omissão e reenviar a questão aos poderes competentes para que eles elaborem alguma medida. Esta dimensão da atuação judicial pode ser conceitualizada como a participação em um 'diálogo' entre os diferentes Poderes do estado para a concretização do programa jurídico-político estabelecido pela Constituição” ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, C. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2ª ed. Madri: Editorial Trotta, 2004, p. 251

<sup>1072</sup> BARROSO, Luís Roberto. A falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial **Revista Jurídica UNIJUS**. V.11, n. 15, Nov/2008, p. 33.

Pode-se afirmar então que, na delimitação da atividade prestacional do Estado, o juiz não pode ser completamente alheio às discussões constitucionais para resumir sua atuação na aplicação automática da norma legal articulada dentro de uma supremacia absoluta do legislador ordinário, que seria o único fiador da coerência, justiça e legitimidade do ordenamento jurídico.

Ao mesmo tempo, não se pode pretender que o juiz seja um verdadeiro Hércules, “semideus que se submete aos trabalhos extenuantes de julgar e acaba por conduzir o mundo sobre seus braços estendidos” em que “não há mais Direito do que o jurisprudencial; é a decisão e não a lei a que cria autoridade, ele próprio, a única fonte do Direito”.<sup>1073</sup>

Seguindo nessa mesma analogia, cabe ao juiz o papel do mensageiro Hermes, que ocupa os espaços vazios para servir como meio de comunicação e de mediação entre os interesses em conflito e entre os diversos agentes que tem prerrogativa na formulação e na execução de políticas públicas.<sup>1074</sup> Sua intervenção pontual é cabível para apresentar soluções nas hipóteses de patentes falhas ou omissões que possam concretamente vulnerar a dignidade humana, soluções essas que se legitimam quando justificadamente se apresentem como derivação lógica e concreta da Constituição.

---

<sup>1073</sup> OST, François. Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez. **Doxa**, n. 14, 1993, p. 170.

<sup>1074</sup> Ibidem, p. 182 e ss.

## CONCLUSÕES

A delimitação da atividade prestacional do Estado à luz da proteção e promoção da dignidade da pessoa humana por meio de direitos fundamentais é, como visto, tema da maior complexidade, que exige considerações de ordem não somente jurídica, mas também de filosófica, econômica e política. Por essa razão, mostra-se metodologicamente fundamental a sistematização das conclusões obtidas ao longo da investigação. Tendo em vista o enfoque crítico empregado durante a discussão realizada, mostra-se suficiente rememorar as teses defendidas por meio de uma enumeração sintética voltada a lhes dar um sentido geral:

1) A inegáveis dificuldades de se estabelecer um conceito ontológico de dignidade da pessoa humana não a relativiza ou retira sua importância. Considerando que a dignidade da pessoa humana é conceito ético-filosófico, deve-se recorrer a elementos filosóficos como instrumento para sua compreensão;

2) A primeira noção de dignidade da pessoa humana refere-se ao valor intrínseco de cada indivíduo em virtude unicamente de sua natureza humana, idéia que tem sua origem na filosofia clássica e na tradição judaico-cristã e desenvolvimento no Humanismo. A partir disso, a dignidade é tida como uma qualidade inata que é medida pela capacidade criativa do homem como artífice de seu próprio destino, dentro de um contexto de liberdade com responsabilidade moral;

3) A dignidade como qualidade inerente do ser humano encontra em Kant seu maior desenvolvimento, que foca a moralidade na qualidade racional distintiva do ser humano. O imperativo categórico consubstanciado na “Fórmula da Humanidade” denota claramente percepção kantiana de que a racionalidade torna a pessoa humana dotada de um valor inato, único, absoluto e incondicional, que lhe garante uma dignidade intrínseca ou inerente a qual ordena e fundamenta toda a ordem moral;

4) Da dignidade inerente deriva a percepção de autonomia, concebida como a capacidade de cada pessoa determinar livremente uma visão da boa vida para si mesmo. Então, a dignidade da pessoa humana na concepção kantiana não somente veda a instrumentalização da pessoa em face de seu valor inerente, mas depende do respeito a sua autonomia como ser racional;

5) A percepção de dignidade da pessoa humana não é completa se não considerar que as pessoas relacionam-se e interagem em uma ordem social comum. Para além da mencionada dimensão endógena, a dignidade da pessoa humana apresenta também uma dimensão exógena ou social, ao se referir à relação da pessoa com as outras pessoas e com a comunidade que integra;

6) A chamada dignidade social, cujo embrião encontra-se no conceito estóico de *dignitas hominis* e na idéia de dignidade ética de Santo Agostinho, tem seu maior desenvolvimento em Hegel e em sua percepção de liberdade construída a partir das instituições sociais (família, sociedade e Estado) e da participação e integração dos indivíduos nessas instituições;

7) A concepção hegeliana de liberdade engloba uma liberdade pessoal, moral e substancial que ultrapassa a vontade individual do sujeito para considerar os vários processos sociais de formação por meio da educação e as restrições principiológicas abstratas, determinadas pelo respeito ao outro, pois a completa autodeterminação humana seria impossível fora dos papéis sociais que o sujeito desempenha;

8) A dignidade social surge em Hegel na medida em que o indivíduo socialmente livre identifica-se como ser particular no plano da eticidade e dentro de um contexto social, cabendo às instituições sociais, dentre as quais o Estado, o dever de possibilitar aos seus membros desenvolverem e expressarem suas próprias identidades a partir de um processo de formação pela educação (*Bildung*) que os torne agentes dotados de capacidades subjetivas essenciais a sua dignidade;

9) A dignidade social como heteronomia justifica limites sociais à liberdade individual para a promoção de uma concepção comunitária do que é valioso ou bom. Presente também na noção inerente de dignidade – ao impor o limite à autonomia individual na autonomia do outro – a visão heterônoma da dignidade reconhece que a dignidade, embora seja atributo pessoal, justifica a possibilidade de limitações individuais em virtude do contexto de vida comunitária;

10) A dignidade social liga-se também à auto-representação e à construção da identidade individual no contexto relacional e comunicativo, razão pela qual o reconhecimento - traduzido pelo respeito recíproco pelo caráter único e igual de todos os outros - é também elemento ínsito da dignidade da pessoa humana. A dignidade, pois, impõe o acolhimento no contexto público de interação social da pessoa como indivíduo e como



membro de grupos étnicos ou culturais e da própria comunidade política, justificando, assim, políticas de inclusão social;

11) A dignidade social perpassa ainda pela capacidade de auto-afirmação do indivíduo no plano social que o rodeia, o que se viabiliza não somente pelo impedimento de interferências externas, mas também a partir da promoção das condições materiais que possibilitem uma contribuição ativa do indivíduo na comunidade, por meio da (re)distribuição de bens e serviços;

12) Para além de um conceito ético-filosófico, a dignidade da pessoa humana é também norma jurídica positivada em diversos ordenamentos constitucionais, o que ocorre à luz da necessidade de superação da legalidade estrita e da neutralidade valorativa do positivismo clássico a partir do reconhecimento de uma dimensão axiológica e teleológica do Direito. A dignidade surge então como norma principiológica que serve de premissa de validade e legitimidade do ordenamento jurídico, sendo considerada como seu núcleo axiológico central;

13) A dignidade humana como princípio não retira sua normatividade, uma vez que as características peculiares das normas principiológicas (abstração, abrangência, necessidade de ponderação) que as distanciam das normas com natureza de regra decorrem justamente de sua dimensão de importância como veículos de introdução dos valores no ordenamento jurídico, cujas consequências jurídicas derivam de uma decisão particular concreta, dentro de uma ótica de otimização entre princípios e de consideração dos mesmos como reserva material de justiça;

14) A dignidade da pessoa humana pode ser enquadrada como um conceito jurídico indeterminado, razão pela qual se faz possível identificar uma zona nuclear de certeza negativa (o que não é) dignidade –afastando as claras violações - mas não se mostra viável, ao menos de forma geral, verificar uma zona de certeza positiva (o que é). Cabe à interpretação contextualizada de situações fáticas específicas o esclarecimento, em cada situação, de sua concretude e univocidade, o que garante à dignidade sua transcendência a qualquer delimitação espacial, temporal ou pessoal e, por consequência, sua própria força normativa;

15) A concretização dos princípios, nomeadamente o da dignidade da pessoa humana, deve partir de um método hermenêutico racional, fundamentado e controlável que fuja de uma casuística subjetiva e busque a objetividade possível em um contexto inegavelmente desprovido de certezas absolutas como é o da axiologia;

16) Com base nas lições de Hesse, Müller e Habermas, a hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana deve partir do programa da própria norma, apreendido por meio dos métodos hermenêuticos clássicos, para seguir a uma concretização de seu sentido a partir de uma inescapável pré-compreensão do intérprete, das considerações sociais em que a norma se insere e do problema concreto a ser solucionado;

17) A dignidade da pessoa humana aparece de forma consolidada, no panorama das democracias ocidentais, como princípio jurídico positivado que serve como fundamento do Estado e fator de unidade axiológica do ordenamento jurídico. Mesmo quando não expressada no texto, surge como princípio implícito, decorrente de outras disposições constitucionais que a tem como fundamento, tal como ocorre no exemplo francês e norte-americano. Não se pode admitir a negação do caráter normativo da dignidade para concebê-la como mera exortação moral, pois a dignidade consiste em norma dotada de eficácia apta a estabelecer conseqüências jurídicas tendentes à garantia e proteção da pessoa humana, especialmente em sua relação com o Estado;

18) A visão absolutista de Estado que sumariza o poder e o exerce de forma ilimitada em relação a seus súditos não admite a existência de direitos do particular em face do Estado. Sua superação pela noção de Estado de Direito estabelece o indivíduo como elemento central da sociedade, que tem garantia legal de uma esfera de liberdade em face do Estado a partir de direitos a ele oponíveis;

19) A teoria do “status” de Georg Jellinek é pioneira ao discutir a relação entre o particular e o Estado, que abrange as obrigações e os deveres impostos ao particular pelo Estado (status passivo), o espaço de atuação e liberdade individual in face a ingerências do Estado (status negativo), a possibilidade de um particular exigir que o Estado atue em seu favor por meio de ações positivas (status positivo) e as competências do indivíduo para influir sobre a formação da vontade estatal como membro da comunidade política (status ativo). Enquanto o cerne do status passivo é o mandado ou a proibição que afeta o indivíduo, do status negativo, a liberação e do status positivo, o direito a algo, o ponto central do status ativo ou status de cidadania ativa é a competência;

20) Uma compreensão atualizada da teoria dos status de Jellinek é essencial para a compreensão da estrutura formal das posições jurídicas do indivíduo perante o Estado e do reconhecimento da existência de uma relação verdadeiramente jurídica entre ambos, em que se firma um vínculo intersubjetivo com conseqüências para ambas as partes. A partir da estruturação da relação jurídica estabelecida por W. N. Hohfeld, a noção de direito em

sentido estrito aparece correlacionada a de dever e aproxima-se da idéia de pretensão juridicamente embasada. Ter direitos em sentido estrito em face de alguém traduz a respectiva pretensão jurídica de exigir algo desse alguém, que descumpriu um dever juridicamente estabelecido;

21) Traduzida para o âmbito de direito público, a relação jurídica aparece como vínculo jurídico entre o Estado, uma conduta e o particular, em que ambas as partes podem ocupar diversas posições. Apesar das vantagens concretas do Estado nessa relação, o particular também exerce poder, imunidades e privilégios em face do Estado, razão pela qual se pode afirmar a existência de uma “relação-pressuposto” entre o particular e o Estado da qual decorrem posteriormente relações particularizadas de igualdade *a priori* em que ambos estão investidos em posições diversas em recíproca relação de correlação e oposição;

22) O reconhecimento de uma relação jurídica entre o particular e o Estado impõe a discussão acerca do conceito de direito subjetivo, estabelecido a partir da teoria do interesse como posição concreta de vantagem de pessoa individualmente considerada, resultante da afetação de meios jurídicos para permitir a realização de fins que a ordem jurídica aceita como dignos de proteção. A transposição dessa noção para o direito público dá ensejo aos chamados “direitos públicos subjetivos”, reconhecidos no âmbito das relações jurídicas não jusfundamentais em que a posição de vantagem do particular e o correlato dever da Administração no interesse do particular decorre lei, contrato ou ato administrativo comum;

23) A ausência de um substrato axiológico nos direitos subjetivos públicos faz com que eles não sejam adequados para descrever as posições das relações jurídicas cujos interesses relacionam-se com a dignidade da pessoa humana. Da dignidade decorre a afirmação de direitos essenciais a sua garantia como fator de limite e de legitimação do poder do Estado, direitos esses previstos objetivamente na ordem jurídica constitucional como direitos fundamentais;

24) A fundamentalidade formal dos direitos fundamentais deriva de sua previsão expressa no ordenamento constitucional, algo que lhes garante maior grau de garantia e segurança quanto a alterações por estarem em superior patamar hierárquico e pela aplicação de regime mais rigoroso de reforma, mesmo em face do constituinte derivado. A fundamentalidade de um direito, todavia, não é derivada de sua intangibilidade, mas é a intangibilidade que deriva da importância material desses direitos;

25) A análise da fundamentação material dos direitos fundamentais com base na dignidade da pessoa humana é essencial não somente na busca teórica de uma compreensão

profunda e abstrata dos direitos fundamentais, mas também na busca de efetivação concreta de tais direitos, uma vez que dignidade aparece como verdadeiro parâmetro material pelo qual os conflitos de direitos fundamentais são observados e solucionados no contexto social, assim fixado, inclusive, pelo ordenamento jurídico positivo;

26) Embora não possa ser tida como fonte histórica dos direitos fundamentais, a natureza fundacional da dignidade estabelece seu papel de fonte de dedução de tais direitos, mesmo para além daqueles expressamente positivados, na medida em que sejam explicitações do princípio da dignidade. A dignidade aparece como elemento de abertura do sistema de direitos fundamentais e centro de irradiação dos mesmos, funcionando também como fator de aferição da real fundamentalidade material de direitos em face do uso por vezes indiscriminado e trivial de tal qualificação;

27) A dignidade da pessoa humana como bem jurídico tutelado por determinados direitos serve de elemento material primaz para sua identificação como direito fundamental, ao passo que os direitos fundamentais servem como pressupostos elementares da dignidade. Além disso, a natureza fundacional da dignidade demonstra que a proteção da dignidade não deriva materialmente do texto constitucional, uma vez que a previsão normativa da Constituição não cria, mas apenas reconhece e garante a dignidade da pessoa humana de acordo com valores determinantes estabelecidos culturalmente;

28) Os direitos fundamentais subjetivos em sentido amplo abrangem diversas situações jurídicas na relação entre particular e Estado, dentre as quais se encontram as liberdades e os chamados “direitos a algo”. As liberdades são interpretadas de forma negativa, como ausência de obstáculos às escolhas de ação ou omissão do sujeito decorrente de inexistência de uma proibição de ação no ordenamento jurídico ou na simples existência de uma norma permissiva. Os “direitos a algo”, por sua vez, traduzem posições jurídicas cujo objeto é vinculado a um bem material ou imaterial protegido por um direito fundamental;

29) Os “direitos a algo” são subdivididos em direitos a ações negativas, que pressupõem omissão estatal e garantem aos particulares direitos de defesa; e direitos a ações positivas, que exigem uma conduta comissiva normativa (direitos de prestação em sentido amplo) ou ação que imponha ao Estado o fornecimento de bens ou serviços materiais (direitos de prestação em sentido estrito);

30) O direito fundamental subjetivo em sentido estrito revela-se estruturalmente na categoria de “direito a algo”, traduzindo-se conceitualmente como sendo uma posição relacional de vantagem do particular, correlata a um dever do Estado, resultante da afetação

de meios jurídicos voltados à preservação e valorização da dignidade da pessoa humana. Todavia, diante da complexidade das relações jurídicas jusfundamentais, as diversas posições jurídicas dela derivadas em uma situação concreta carecem de especificação, análise de procedimentos e sopesamento que permitam superar uma situação de posições *prima facie* para se obter posições definitivas, verificáveis no caso concreto;

31) Apesar dos direitos subjetivos em sentido estrito evidenciarem com mais vigor o papel central da dignidade da pessoa humana como fundamento material dos direitos fundamentais, nem toda norma de direito fundamental gera um direito subjetivo em sentido estrito, mas não é por isso que deixa de ter efetividade. Surge então a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, que não se reduz a uma mera visão do enunciado normativo positivado para configurar uma “mais valia” dos direitos fundamentais, cujas conseqüências que vão além da constituição de direitos subjetivos em sentido estrito;

32) A aferição do sentido de conteúdo objetivo dos direitos fundamentais depende da consideração da dignidade como valor fundacional e fonte de derivação desses direitos, não sendo, porém, a dignidade um direito fundamental autônomo em sentido estrito por sua abertura proclamatória e natureza absoluta. Isso não significa que o conceito perde sua significação de determinação objetiva de direitos, servindo como premissa e sentido hermenêutico do próprio sistema de direitos fundamentais;

33) Centrados na dignidade humana, os direitos fundamentais constituem um conjunto objetivo de valores comunitários democraticamente estabelecidos. Detêm, pois, uma “eficácia irradiante” que transcende a perspectiva subjetiva para balizar a criação e a compreensão do ordenamento jurídico que serve de programa normativo imediato da relação jurídica de direito público. Parametrizam também a própria atuação do Estado em todas as suas esferas, impondo um dever de tutela dos direitos fundamentais contra ameaças próprias e de terceiros, dentro de uma noção de eficácia horizontal em face de particulares;

34) Os direitos fundamentais sob perspectiva objetiva estabelecem disposições principiológicas autônomas de competência negativa para o Estado em face de uma esfera de liberdade individual, mas também ações estatais que, mediante prestações materiais, salvaguardem pressupostos materiais para a real autonomia individual;

35) A concretização dos direitos fundamentais encontra direta correspondência com os modelos culturais, políticos e econômicos adotados pelo Estado, na medida em que estabelecem quais direitos do homem devem ser incorporados como direitos fundamentais. Diante da dinâmica histórica e social, isso ocorre por um processo de contínua evolução e

involução das relações jurídicas entre particular e Estado, razão pela qual não se pode falar em "gerações" estanques de direitos fundamentais como elemento de classificação;

36) Os direitos fundamentais voltados à limitação do poder estatal ligam-se historicamente ao liberalismo clássico, que se pautava pela limitação do poder estatal por meio de proibições voltadas à garantia de bens jurídicos correspondentes aos direitos de liberdade, de segurança e de propriedade no contexto de uma sociedade composta por pessoas formalmente iguais. Os direitos fundamentais sob a ótica do liberalismo clássico funcionam como direitos de autonomia individual, de resistência e de defesa do particular em face do Estado, cuja intervenção na vida do indivíduo deveria ser a mínima possível;

37) A defesa do absenteísmo estatal própria do liberalismo implicava um conceito meramente formal de liberdade, dentro de um conceito positivista de Direito, que não garantia a efetiva igualdade de oportunidade e participação de pessoas marginalizadas em virtude de condições pessoais ou sociais alheias a sua vontade. A necessidade uma reavaliação do papel absenteísta do Estado trouxe o paradigma keynesiano de intervenção estatal em diversos setores da sociedade como instrumento de desenvolvimento e estabilidade social e econômica, na busca de uma acepção material de igualdade voltada para que o indivíduo pudesse realmente fazer efetivos seus direitos;

38) O Estado Social estabelece uma alteração de paradigma na relação entre o particular e o Estado, em que a atuação estatal passa a ser vista não mais como ameaça, mas como pressuposto para o gozo de liberdade por todos os membros da sociedade. Nesses termos, a função prestacional estatal adquire contornos mais relevantes, com respectiva ampliação da atividade estatal para execução de diversas políticas públicas mediante a concessão de subvenções materiais e a prestação direta de serviços públicos (em sentido estrito) por parte do Estado, cuja atividade é modulada de acordo com a disponibilidade financeira e orientação política dominante de cada país;

39) No campo jurídico, a incorporação do viés social da atividade estatal ao ordenamento jurídico ocorre pela introdução nas ordens constitucionais ocidentais de normas referentes a direitos prestacionais do Estado, usualmente denominados de direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais. A concretização de tais direitos depende de ações governamentais e de políticas públicas positivas voltadas à efetivação da dignidade humana, por meio por intervenções normativas positivas no mercado e, principalmente, por meio de prestações materiais sociais;

40) A expansão dos gastos do Estado Social e o desequilíbrio orçamentário e econômico dela decorrentes levaram à rediscussão acerca do papel estatal e à redução de seu papel prestacional, com o advento do Estado Neoliberal, que, agiria para a promoção do bem-estar apenas de forma subsidiária ou mediante ação meramente regulatória. Tal visão, todavia, acaba por permitir situações de crise nas quais o Estado é chamado novamente a desempenhar um papel central na recuperação, inclusive por meio da garantia de uma rede de proteção social por via prestacional;

41) O Estado contemporâneo, permanecendo ligado à função protetiva e promocional da dignidade da pessoa humana como valor e como norma jurídica, deve atender as necessidades de amparo social dentro de um contexto de restrições econômicas e políticas. Deve ser compreendido então como um Estado Constitucional Democrático de Direito em face de sua vinculação aos valores materiais constitucionalizados a partir de sua consagração comunitária e formados mediante participação política democrática;

42) Os direitos fundamentais aparecem como condição estrutural do Estado contemporâneo e baliza de toda sua atuação ao refletirem as opções axiológicas coletivas, de modo que sua efetividade depende de sua conformação comunitária. Considerando ainda a difusão de direitos fundamentais prestacionais nos ordenamentos constitucionais, vê-se que o Estado permanece vinculado aos compromissos constitucionalmente assumidos com as questões sociais, devendo apenas buscar meios eficientes e econômicos de concretização dos direitos prestacionais;

43) Tendo em vista a discussão acerca da atividade prestacional do Estado, deve-se deixar de lado considerações acerca das demais possibilidades de classificação dogmática para ter em foco os direitos fundamentais de prestação (*Leistungsrechte*), notadamente aqueles que traduzem ações positivas de ordem material (*positive faktische Handlungen*) em uma relação entre o particular e o Estado pautada pela dignidade humana. Tal abordagem centra-se numa premissa de unidade essencial dos direitos fundamentais, que, todavia, não é pacífica, nomeadamente à luz da conhecida classificação baseada entre uma suposta dualidade de regime entre os denominados direitos de liberdade e os direitos sociais, econômicos e culturais;

44) A classificação dicotômica entre direitos de liberdade e direitos sociais estabelece uma visão de que direitos sociais não seriam verdadeiramente direitos, mas meras exortações desprovidas de força normativa. Isso porque os direitos sociais dependeriam de prévia densificação legislativa para sua aplicação e seriam, por isso, sujeitos à realização paulatina e

circunstancial, enquanto os direitos de liberdade teriam aplicabilidade imediata. Além disso, por implicarem ações positivas, estariam condicionados a pressupostos materiais e financeiros não aplicáveis aos direitos de liberdade, estando sujeitos à discricionariedade do gestor de políticas públicas;

45) A devida compreensão da atividade prestacional do Estado impõe a recusa dessa visão dicotômica para a adoção de uma perspectiva estrutural da classificação funcional dos direitos fundamentais a partir do objeto das obrigações estatais para como o particular, que podem ser exteriorizadas a partir de direitos a ações estatais negativas (omissivas) ou à ações positivas (comissivas) voltadas ao cumprimento do dever de respeito, proteção, garantia e promoção da dignidade humana. Os primeiros são classificados funcionalmente como "direitos de defesa", enquanto os segundos apresentam-se como "direitos prestacionais";

46) Em sua função de direitos de defesa, os direitos fundamentais traduzem direitos ao não impedimento de ações por parte do titular do direito; direitos à não afetação de características e situações jurídicas do titular de direito; e direitos a não eliminação de posições jurídicas, implicando, pois, autonomia e liberdade individual em face de ingerências estatais;

47) Os direitos fundamentais prestacionais estabelecem, por sua vez, deveres de ações positivas de ordem normativa e material do Estado, voltadas a proporcionar condições fáticas de efetiva garantia e concretização da dignidade da pessoa humana. Nesses termos, o Estado não é visto apenas como uma força hostil à dignidade, mas como uma representação da comunidade que tem responsabilidades para com os valores fundamentais por ela consagrados;

48) A adoção de uma classificação funcional dos direitos fundamentais não ilide a concepção sistemática de direitos fundamentais como um todo, pois tal classificação não coincide com a dicotomia entre direitos de liberdade e direitos sociais. Isso porque a realidade complexa das funcionalidades concretas de todos os direitos fundamentais fixa deveres negativos de não interferência na busca de interesses fundados na dignidade humana, bem como de deveres positivos de garantia os meios materiais para esse mesmo fim;

49) Os chamados "direitos sociais" implicam também deveres estatais negativos, pois os deveres de prestação derivam, originalmente, da obrigação omissiva estatal primeira de não impedir ou negar o acesso e fruição de direitos fundamentais. Do mesmo modo, os direitos tidos como "de liberdade" dependem de condições institucionais e fáticas de garantia efetiva



de seu exercício, que se revelam por meio de ações estatais positivas voltadas a criar os elementos materiais e meios de proteção jurídica indispensáveis para sua fruição;

50) Todos os direitos fundamentais, independentemente de sua origem histórica ou classificação tradicional, apresentam-se multifuncionais sob o ponto de vista estrutural, sendo possível e mesmo usual que um mesmo dispositivo constitucional enseje o reconhecimento de liberdades, de competências ou de prestações ao particular. Não há, pois, como se fixar fronteiras estritas entre direitos de liberdade e direitos sociais;

51) Os direitos fundamentais prestacionais estabelecem, na dimensão subjetiva, deveres comissivos do Estado a partir de ações fáticas voltadas a satisfação de uma posição de vantagem de um ou mais sujeitos individualmente considerados. Na dimensão objetiva, traduzem orientação estatal para a produção de condições institucionais e normativas que possibilitem a salvaguarda e fruição de bens e serviços pelo sujeito;

52) Embora abranja, em seu sentido amplo, direitos à proteção e ao procedimento, a discussão da atividade prestacional finca o núcleo da investigação nos direitos prestacionais em sentido estrito, que correspondem a posições subjetivas das quais decorrem ações materiais concretas de fornecimento de bens e serviços voltados à concretização material da igualdade e da liberdade como elementos estruturais da dignidade humana;

53) A noção social de dignidade humana estabelece deveres estatais de promoção de atividades positivas voltadas à remoção de obstáculos materiais que previnem a concretização dessa dignidade, aparecendo como elemento justificador do dever de agir do Estado para a garantia de um patamar mínimo de bens e serviços indispensável a esse fim. Logo, há de se reconhecer a indissociabilidade entre a dignidade da pessoa humana e a existência de direitos fundamentais prestacionais, pois a total exclusão social, ao retirar a dignidade do excluído, retira dele a própria qualidade de ser humano;

54) Apesar de tradicionalmente identificados com a noção de igualdade material, os direitos fundamentais prestacionais também são indispensáveis para a concretização de uma liberdade jurídica e fática, ao estabelecerem meios materiais para seu exercício concreto. Apesar disso, subsiste a falta de consenso quanto a sua positivação na esfera constitucional, havendo uma grande disparidade de tratamento normativo, que vai da completa exclusão do ordenamento jurídico a uma previsão constitucional como direitos subjetivos em sentido estrito;

55) A vinculação entre a subjetivação de direitos e sua efetivação concreta, bem como a fundamentalidade dos direitos prestacionais, implicam a consideração dos direitos

prestacionais como direitos subjetivos em sentido estrito. A rejeição dessa idéia com base na suposta indeterminação essencial de seu conteúdo normativo deve ser afastada, haja vista que alguma indefinição prévia é comum a todos os direitos fundamentais em face de sua natureza axiológica, estando todos sujeitos à supressão de vagueza de conteúdo semântico para a concretização de direitos;

56) As posições jurídicas fundadas em direitos fundamentais prestacionais também presumem direitos subjetivos *prima facie*, que podem ou não ensejar posição de vantagem efetiva para um sujeito individualmente considerado num caso concreto. Mesmo quando não configuram direitos subjetivos em sentido estrito, os direitos prestacionais mantêm sua força normativa ao impor, em seu viés objetivo, parâmetros de conduta para atividades estatais, cabendo ao Estado adotar sempre as opções que mais se adéquem a concretização de tais direitos;

57) A prevalência de uma perspectiva objetiva dos direitos prestacionais decorre de sua própria estrutura e função. Sua exteriorização por meio de condutas positivas do Estado faz com que o conteúdo concreto das prestações, sua extensão e pressupostos para seu gozo pelo particular dependam de um juízo de ponderação e prognose que envolve considerações de ordem política e econômica. Dependem, então, do trabalho de conformação do legislador ordinário a quem, à luz do princípio democrático, cabe servir de instrumento de veiculação dos valores comunitários nessas escolhas;

58) A prevalência da perspectiva objetiva dos direitos prestacionais dá-se também pela impossibilidade de serem considerados sob um prisma individualista, mas sim a partir do reconhecimento de que a preservação da dignidade de um titular concreto depende de suas conseqüências para outros sujeitos igualmente relevantes e para a comunidade como um todo. Não se afasta, todavia, as hipóteses de subjetivação de direitos prestacionais diretamente do ordenamento constitucional ou do reconhecimento de um direito de prestação originário em casos extremos, nos quais haja riscos de vulneração de condições materiais mínimas de vida que assegurem a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana;

59) Apesar da atividade prestacional do Estado ser, em regra, configurada mediante a mediação do legislador e regulamentada por normas ordinárias, não se poder ignorar a importância do reconhecimento dos direitos fundamentais prestacionais, pois tal tarefa estatal não pode ficar inteiramente sujeita a alterações e supressões dentro um critério de total

discrecionalidade de um legislador ordinário que, dentro de uma peculiar condição política ou econômica, seja menos simpático à noção de Estado prestacional;

60) Dada à ligação com a dignidade, a atividade prestacional deve ser tida como direito fundamental mesmo quando não expressamente estabelecida no texto constitucional, dentro da noção de direitos prestacionais derivados que não estão inteiramente sujeitos à livre discrecionalidade legislativa. Assim, a conformação legal dos direitos prestacionais não deixa de integrar materialmente a norma de direito fundamental, sujeitando-se ao regime jurídico próprio de tais direitos;

61) A defesa da força normativa dos direitos fundamentais prestacionais, sejam eles originários ou derivados, não afasta o reconhecimento de que os mesmos estão atrelados à condicionantes políticas e materiais, indicando que os direitos prestacionais - tal qual qualquer outro direito fundamental - não têm natureza absoluta. Por isso, faz-se necessário considerar os limites concretos da atividade prestacional, sob a perspectiva do que cada um pode razoavelmente exigir do Estado no contexto de uma sociedade livre, igual e democrática;

62) Para se determinar a abrangência de determinado direito fundamental, deve-se identificar seu suporte fático, determinado por seu objeto ou "âmbito" de proteção e pelas intervenções possíveis. Numa visão restrita, esse suporte fático pressupõe uma exata definição do conteúdo e limites das normas de direitos fundamentais quando de sua interpretação e aplicação. Há de se adotar, todavia, uma visão ampla, pela qual o suporte fático de um direito fundamental somente é aferível à medida da aplicação da norma à luz do caso concreto;

63) Quanto aos limites dos direitos fundamentais, a chamada teoria interna - ligada a uma visão restrita do suporte fático - fixa o âmbito de proteção do direito a partir dos "limites imanentes" da própria norma, que lhe seriam essenciais e independentes das influências de componentes externos. Apesar dos limites imanentes servirem para afastar do âmbito de proteção da norma algumas situações concretas que lhes são flagrantemente contrárias e sejam voltados para objetivar sua delimitação, a teoria interna acaba por compreender os direitos fundamentais como norma-regra, sendo incompatível com sua natureza principiológica e com a complexidade das relações sociais que implicam a colisão entre diversos direitos fundamentais;

64) Por não terem como levar em consideração *ex ante* todas as circunstâncias concretas, as normas de direito fundamental são indeterminadas *prima facie*. Sua aplicação não se dá por meio da universalização, mas por meio adequabilidade às circunstâncias concretas,

de modo que seus limites são impostos por fatores externos à norma jurídica. A teoria externa dos limites dos direitos fundamentais, ao negar limites inerentes para além daqueles de cunho literal, autonomiza o direito de suas restrições ao verificar, primeiramente, se determinada posição jurídica está inserida no conteúdo normativo de direito *prima facie* para somente em seguida apurar a legitimidade das restrições sobre ele incidentes no caso concreto, à luz de outros direitos fundamentais também aplicáveis;

65) O âmbito de proteção definitivo dos direitos fundamentais em confronto deve ser apurado a partir da busca de uma "eficácia ótima" que os compatibilize, o que se opera a partir de uma ponderação realizada por meio do princípio da proporcionalidade, que busca a compatibilização dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação a outros e a maior efetividade aos direitos fundamentais;

66) Primeiramente, a proporcionalidade determina a observação de se determinada medida restritiva é apta a atingir os objetivos pretendidos, numa relação de meio e fim (adequação); em seguida, se a medida restritiva não ultrapassa o limite do mínimo necessário para atingir o fim que se busca e que não haja outra, igualmente eficaz, que traga menores prejuízos (necessidade); por fim, se o ônus imposto a direitos fundamentais justifica-se diante do benefício trazido pelo objetivo almejado no caso concreto (proporcionalidade em seu sentido estrito);

67) Os direitos fundamentais prestacionais têm seus limites ou restrições derivados de sua natureza principiológica e da conseqüente necessidade de ponderação com outros direitos opostos no caso concreto, dentro de limites prévios previstos na norma e das externalidades referentes a pressupostos materiais, financeiros, políticos e sociais que somente podem ser equacionadas no contexto real, dentro de um juízo de ponderação por via de proporcionalidade;

68) A ponderação por proporcionalidade não pode ser realizada por escolhas fixadas estritamente em critérios subjetivos nem ser utilizada como coringa argumentativo para justificar arbitrariedades. Pauta-se por uma argumentação racional e sindicável baseada em parâmetros objetivos e previamente estabelecidos, derivados da verificação do grau de intervenção de direitos fundamentais e da importância dos demais bens jurídicos envolvidos, a fim de estabelecer qual deles terá precedência condicionada sobre os demais no caso concreto, num contexto de proibição de excesso e de insuficiência;

69) Embora não haja certezas absolutas quando se trata de normas de direitos fundamentais, especialmente no campo prestacional, a ponderação por proporcionalidade

possibilita a legitimação do discurso de fundamentação das inevitáveis restrições normativas ou fáticas dentro de balizas racionais, reconhecendo a natureza não absoluta de tais direitos e a restringibilidade como pressuposto indispensável para a harmonização de direitos fundamentais com direitos iguais ou específicos de terceiros ou da coletividade;

70) A reserva geral de ponderação a qual estão sujeitos os direitos fundamentais prestacionais relaciona-se com a necessária consideração da realidade concreta quando de sua aplicação na comunidade. Nessa perspectiva, não se pode ignorar as condicionantes econômicas e materiais, bem como as alternativas de implementação de políticas prestacionais possíveis em face da diversidade de valores e pretensões de uma sociedade democrática;

71) Os direitos fundamentais prestacionais condicionam-se à existência e disponibilidade de recursos financeiros para sua realização, fato que nem pode ser simplesmente ignorado nem servir de argumento para afastar exigibilidade de implementação de tais direitos. Todos os direitos fundamentais têm aspectos prestacionais que geram custos financeiros que impõem obstáculos a sua concretização, inclusive aqueles tidos tradicionalmente como direitos de liberdade, razão pela qual o debate acerca de direitos fundamentais não pode escapar da consideração da importância de seus custos;

72) A finitude de recursos implica escolhas para a realização da atividade prestacional, escolhas essas que pressupõem uma consideração de fatores comunitários determinantes de quais direitos devem ser tidos como essenciais para a realidade social concreta, e, por conseguinte, quais os deveres que devem ser assumidos pela comunidade para sua realização;

73) O conceito de escassez na esfera prestacional refere-se à essencial disparidade entre as necessidades tendentes ao infinito e a essencial limitação de meios para sua satisfação, que nunca serão suficientes para atender a todos os anseios de todos os indivíduos. A escolha de determinada prestação implica a não execução plena de outras necessidades ou ainda a limitação do alcance dessa mesma prestação no âmbito individual, daí porque se faz necessário realizar escolhas alocativas trágicas que traduzem custos de oportunidade;

74) A idéia de “reserva do possível” como fator de limite à concretização de direitos fundamentais prestacionais traduz a percepção de que as comunidades devem cuidar de seus habitantes na proporção de seus recursos ou na medida de suas forças. Desenvolvida a partir da jurisprudência alemã (caso *Numerus Clausus*), origina-se na compreensão de que os direitos

individuais de participação em benefícios prestacionais estatais devem ser limitados à luz do fomento da vida social coletiva;

75) A noção de reserva do possível baseia-se no limite imposto por aquilo que o indivíduo pode racionalmente esperar da sociedade, no âmbito de um sopesamento racional à luz das máximas da proporcionalidade e das condicionantes gerais aos direitos prestacionais concretamente demonstradas pelo Poder Público. Nesses termos, os direitos prestacionais deixam de ser vistos de forma individualista para serem considerados como consagrações de valores da comunidade;

76) A reserva do possível como limite da atividade prestacional deve ser observada então sob uma dupla dimensão: a existência real e disponibilidade jurídica de recursos financeiros e materiais para atender as necessidades ligadas a direitos fundamentais prestacionais; e a proporcionalidade da medida almejada em face dos direitos fundamentais de terceiros e de outros direitos e interesses constitucionais por ela afetados. Essa última guarda relação com circunstâncias jurídico-políticas referentes ao papel do Estado na sociedade, às repercussões comunitárias de decisões individuais e mesmo à percepção jusfilosófica que se tem – ou que se deveria ter - da dignidade da pessoa humana no campo social;

77) O contexto de escassez e de sopesamento que impõe limites à atividade prestacional do Estado leva a considerações da teoria econômica, que, como método, permite a compreensão dos processos de escolhas alocativas no mercado, entendido como espaço social de livre interação entre sujeitos dotados de igual dignidade. A Análise Econômica do Direito, sob um viés normativo, auxilia na compreensão da atividade prestacional do Estado na medida em que serve como meio de buscar formas de preservar o interesse individual dentro de um resultado socialmente desejável e pautado pela consecução da dignidade humana no âmbito individual e social;

78) As escolhas alocativas devem ser pautadas pela eficiência, de modo a se obter o melhor resultado possível para a prestação estatal com os menores custos gerais. Tal determinação, derivada também de previsão constitucional, fixa o dever estatal de ter em conta a economicidade, produtividade e a redução de desperdícios em sua função prestacional, de modo a atingir o máximo de pessoas e restringir ao mínimo os direitos individuais. A eficiência não deve ser mensurada a partir de um consentimento unânime das escolhas realizadas, mas sim pela predominância do bem-estar geral em face perdas individuais;

79) A eficiência econômica não pode ser considerada como o próprio objetivo do sistema jurídico nem como parâmetro único para realização de escolhas alocativas, sob pena de justificar a disponibilidade de direitos, mesmo de natureza fundamental, em razão de uma suposta repercussão negativa que os mesmos teriam na eficiência econômica, notadamente os direitos de natureza prestacional. A medida de bem-estar, todavia, não é apenas a capacidade total de geração de riqueza de uma sociedade, mas também da distribuição dessa riqueza entre seus membros;

80) A eficiência não pode ser separada da preocupação distributiva, pois, mesmo sob o foco estritamente econômico, é positivamente afetada por ela em razão de seus efeitos no aumento da educação, saúde, mobilidade social e mesmo da solidariedade social. Nas decisões de política pública prestacional, a eficiência aparece como elemento indispensável de consideração de seu alcance, mas não como condição de existência de direitos fundamentais ou mesmo meta da atividade prestacional do Estado;

81) A partir dos problemas axiológicos decorrentes da aplicação dos critérios teóricos de mensuração da eficiência, nota-se a existência de incompatibilidades entre a adoção da eficiência econômica como elemento primaz da atividade prestacional e questões ligadas à justiça, pois há situações de equilíbrio de mercado que não traduzem uma sociedade justa do ponto de vista de distribuição de riquezas e da consideração da autonomia e liberdade individuais nas discussões das políticas públicas prestacionais;

82) As considerações axiológicas nas escolhas alocativas são inevitáveis, uma vez que a (in)atividade estatal é usualmente justificada com base no que é bom ou justo de buscar como objetivo das políticas públicas dentro do contexto de escassez, não sendo possível a monetarização de todos os fatores envolvidos no debate. Isso não afasta a importância da eficiência no campo prestacional, pois uma prestação ineficiente é necessariamente injusta ao desperdiçar recursos e implicar redução de meios disponíveis para a concretização de direitos prestacionais;

83) Não é factível, do ponto de vista pragmático, uma avaliação normativa axiologicamente neutra da atividade prestacional do Estado, pois não se pode pretender subordinar o ordenamento jurídico e as decisões judiciais a uma ótica exclusivamente econômica, sob pena de ignorar a complexidade das questões envolvidas. Os elementos econômicos estabelecem uma relação cooperativa entre eficiência e justiça, pois as escolhas prestacionais devem ser eficientes, mas também pautadas preocupações axiológicas;

84) Uma análise normativa da atividade prestacional enquadra-se no âmbito da justiça distributiva, que tem como objetivo traçar os parâmetros axiológicos que devem guiar a distribuição justa de benefícios e ônus, direitos e deveres entre os membros de uma sociedade, dentro de uma moldura política, jurídica e econômica dinâmica e cooperativa. Embora sua finalidade seja clara, a concepção de justiça distributiva é múltipla, podendo ser fixada a partir de enfoques diversos;

85) A justiça distributiva como maximização de bem-estar coletivo funda-se em ótica nitidamente consequencialista e utilitarista, pela qual o critério de escolhas alocativas prestacionais resulta unicamente na consideração das consequências dessas escolhas para essa maximização a partir do cálculo utilitarista de custos e benefícios. Apesar de adotada por diversos autores, essa tese ignora os indispensáveis fatores axiológicos mesmo quando pretende realizar a mensuração de preferências, pois desloca a avaliação de justiça para os resultados obtidos pela atividade prestacional. Sua aplicação desconsidera também a importância da dignidade da pessoa ou do grupo social que arca com os malefícios ou mesmo com os benefícios de uma determinada escolha alocativa no campo prestacional, pois aparecem como meros elementos para agregação do saldo de preferências no cálculo utilitarista;

86) A moralidade como qualidade distintiva do ser humano impõe imperativos categóricos vigentes independentemente de preocupações consequencialistas, não havendo ainda como realizar a medição utilitária de múltiplas esferas valorativas de absoluta relevância nas interações sociais. Os limites da atividade prestacional devem ser fixados com base em escolhas que prezem não somente a eficiência estritamente econômica ou maximização de bem-estar, mas também a eficiência de consecução de objetivos éticos de igualdade, liberdade e justiça, orientados pela efetivação da dignidade da pessoa humana;

87) A dignidade da pessoa humana deve ser tida como padrão deontológico da atividade prestacional do Estado, razão pela qual a justiça de determinada escolha alocativa deve ser avaliada a partir de sua consonância com tal princípio. Do ponto de vista do Estado, a dignidade é princípio moral e jurídico expresso ou implícito que serve como razão objetiva de um dever de ação ou omissão no campo prestacional, expresso a partir da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. Sob a ótica do particular, a dignidade fundamenta a existência de direitos prestacionais e veda a coisificação da pessoa humana ou sua marginalização na vida comunitária;



88) A dignidade da pessoa humana como parâmetro deontológico serve como obstáculo à manipulação do argumento de escassez para justificar restrições que retirem qualquer efetividade dos direitos prestacionais, servindo de limite dos limites na medida em que opera como conteúdo essencial de tais direitos, como elemento material do chamado “mínimo para existência” e como padrão de ponderação;

89) A dignidade como conteúdo essencial dos direitos prestacionais visa a resguardar sua efetividade concreta em face de intervenções administrativas ou legislativas ilegítimas, garantindo posições jurídicas individuais e a própria norma objetiva de direito fundamental contra condutas omissivas ou comissivas que venham a atingir o próprio valor que justifica o direito e lhe serve como elemento de justificativa material;

90) Um conteúdo essencial de direitos prestacionais referenciável à dignidade liga-se à idéia de mínimo para existência, consistente em um conjunto de elementos materiais indispensáveis para garantia concreta da dignidade que possibilita condições de exercício dos demais direitos fundamentais por meio de prestações positivas por parte do Estado. Tal mínimo ultrapassa a mera garantia de sobrevivência física do indivíduo para assegurar o necessário para a autodeterminação não somente perante o Estado, mas também na comunidade como um todo;

91) O mínimo para existência não tem seu conteúdo uniformemente aplicável em toda parte, pois os elementos materiais que o compõem vinculam-se ao nível de renda e à cultura da comunidade. Isso não implica uma relativização do valor da dignidade humana como conteúdo essencial dos direitos prestacionais, mas sim a necessidade de serem considerados aspectos de cunho cultural, social e econômico para a determinação das prestações ligadas ao mínimo para existência, haja vista que a dignidade, embora absoluta, não estabelece um conteúdo fixo para o mínimo de existência condigna;

92) A idéia de mínimo para existência como limite dos limites serve para estabelecer a possibilidade de restrição dos direitos prestacionais diante de contingências naturais de ordem econômica e material na atividade prestacional, mas a limite somente até o ponto em que restem preservados os meios disponíveis destinados à prestações que garantam esse mínimo. A mesma idéia de mínimo para existência serve ainda como fundamento para a subjetivação de direitos fundamentais prestacionais, pois sua proteção traduz a exigibilidade de prestações destinadas a garantir um standard mínimo para uma vida condigna;

93) A dignidade da pessoa humana, por ter natureza absoluta e não ser sujeita ao próprio processo de ponderação, aparece como verdadeiro “fiel da balança” no *iter* racional

da proporcionalidade e como padrão de ponderação. Tal noção preserva o perfil deontológico dos direitos fundamentais no processo de ponderação, cujo resultado nunca poderá transpor os limites absolutos da preservação da dignidade humana. Nesses termos, a restrição a direitos por via da proporcionalidade não poderá chegar ao ponto de transformar o titular do direito restringido a mero objeto nem marginalizá-lo na esfera social;

94) A discussão do individualismo no contexto prestacional advém de sua ligação com o próprio conceito de justiça e de sua relação simbiótica com a dignidade: enquanto a noção de dignidade é usualmente derivada da premissa do individualismo, a construção da própria idéia de individualismo tem a dignidade como valor central. Um ideário de coletividade de matiz transpersonalista resulta em menosprezo pela concepção do ser humano autônomo e fim em si mesmo, inviabilizando qualquer menção a direitos fundamentais ao tratar as pessoas como meras unidades sociais em vez de indivíduos;

95) O indivíduo não pode ser considerado como simples peça no somatório de preferências finalísticas de uma justiça distributiva de viés utilitarista, nem sua autonomia pode ser inteiramente condicionada pelos valores de terceiros. Não se pode olvidar a fundamentalidade de direitos individuais e de seus titulares, os quais não estão sujeitos a cálculos utilitaristas por parte do Estado. A importância do indivíduo e de seus direitos, todavia, não admite a conclusão de que os limites ao exercício de um direito individual não podem jamais ser justificados em face de metas coletivas estabelecidas por políticas públicas;

96) A visão de direitos individuais como trunfos, apesar de zelar pela dignidade como autonomia e servir como escudo do indivíduo em face do poder do Estado, remete a uma visão atomista e estritamente liberal de sociedade, na qual o indivíduo é considerado independentemente de qualquer vínculo social e político com a comunidade em que vive. Além disso, não considera os direitos de natureza prestacional, pois os direitos como trunfo remetem claramente à defesa da esfera individual de liberdade e autonomia contra intervenções do Estado;

97) Os direitos fundamentais prestacionais aparecem como princípios cujo objeto traduz direitos individuais, mas necessariamente referem-se a bens e metas coletivas por serem efetivados por meio de políticas públicas. Uma visão predominantemente individualista da dignidade humana finda não somente por trazer dificuldades para a comunidade como um todo, mas também repercussões gravosas aos próprios direitos fundamentais prestacionais e, conseqüentemente, à proteção e promoção da dignidade humana individual, vulnerando o próprio padrão deontológico que visa a preservar;

98) A atividade prestacional do Estado não pode ser dissociada das interações dos indivíduos com o outro e com a coletividade, pois, à luz do que se demonstra a partir da teoria dos jogos, escolhas prestacionais que têm em conta exclusivamente o indivíduo acabam por trazer conseqüências penosas para a comunidade, para terceiros que busquem os mesmos direitos prestacionais e para o próprio indivíduo originalmente considerado;

99) O enfoque estritamente individualista da atividade prestacional traduz um jogo competitivo, no qual o indivíduo busca sempre o maior ganho possível para si, mesmo que isso se dê em detrimento de terceiros. Embora pareça ser a mais vantajosa para o indivíduo, essa estratégia individualista, se reproduzida por todos, acaba resultando na chamada "tragédia dos comuns", pois a escassez essencial de meios disponíveis faz com que toda a coletividade e o próprio indivíduo findem por ter menor quantidade e qualidade nas prestações estatais;

100) A atividade prestacional do Estado deve ser compreendida e promovida como um jogo cooperativo, em vista das vantagens à coalizão comunitária advindas de interações estratégicas cooperativas em relações sociais continuadas. Para isso, o Estado adquire a expressão de uma coalizão cooperativa de jogadores e também aparece como gestor e garantidor dessa própria coalizão que personifica. Cabe ao Estado fixar normativamente os parâmetros para a tomada de decisões alocativas eficientes, das quais todos os jogadores devem participar no contexto de uma sociedade democrática e pautada pela dignidade da pessoa humana;

101) A dignidade como parâmetro deontológico de justiça distributiva e conteúdo essencial absoluto e inviolável dos direitos fundamentais prestacionais vincula-se ao conceito material de "pessoa", que identifica o ser humano em sua identidade individual, mas inserido no contexto coletivo de uma comunidade de cultura, valores e metas comuns. A atenção às repercussões sociais da atividade prestacional não implica cálculos utilitaristas ou ponderação entre valores individuais e coletivos ou mesmo entre dignidades individuais. Deriva, na verdade, da compreensão global da dignidade como valor inerente e social em seu papel de parâmetro deontológico da atividade prestacional do Estado;

102) A justiça da atividade prestacional do Estado não consiste na mera garantia de meios pelos quais os indivíduos possam livremente buscar valores e finalidades por eles escolhidos de forma autônoma, dentro de uma suposta neutralidade axiológica que vedaria a adoção de valores comunitários a serem almejados. A pessoa humana, como ser social, não é senão na sociedade, razão pela qual está necessariamente atrelada às metas e propósitos das

comunidades em que habita. A existência de um senso de vida em comum é indispensável para que os cidadãos aceitem como legítimos os sacrifícios exigidos pelo Estado em benefício da coletividade;

103) A compatibilidade das decisões de política prestacional com a opinião e preferências individuais agregadas no contexto comunitário é pressuposto da justiça distributiva em uma sociedade democrática, de modo que se faz necessário que escolhas públicas de repercussão coletiva surjam a partir de um consenso social racional na adoção dos valores comuns e que tais valores sejam garantidos constitucionalmente por meio de direitos fundamentais;

104) Por ser premissa material do Estado e fundamento dos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana é valor e propósito comunitário essencial, que serve de parâmetro para toda e qualquer atividade estatal. O respeito e a proteção da dignidade humana por parte do Estado dependem da promoção das vinculações coletivas cruciais para o reconhecimento dessa dignidade no âmbito social, a partir da consideração de interesses da comunidade e do bem-estar geral;

105) A dignidade vai além de elemento de empoderamento individual em face do Estado para também ser definida socialmente como valor comunitário apto, inclusive, a justificar a limitação de direitos individuais à luz de preocupações coletivas. No mesmo passo que veda restrições que atinjam o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana legitima certas restrições que sejam voltadas justamente para sua proteção, compatibilizando interesses individuais com os valores e propósitos comunitários;

106) No campo dos direitos prestacionais, a dignidade da pessoa humana aparece tanto como elemento justificador de direitos individuais de prestações materiais necessárias a uma vida autônoma e ativa na comunidade quanto como limite a tais direitos, ao fixar seu exercício em conformidade com uma função ética derivada da mesma dignidade que lhes dá fundamentalidade material, enfocada sob o ponto de vista social e das implicações comunitárias daí decorrentes;

107) O Estado Constitucional Democrático de Direito pressupõe que os direitos fundamentais prestacionais sejam exercidos por pessoas como membros de uma comunidade e em consideração aos valores e propósito dessa mesma comunidade, sem, outrossim, dar margem a uma postura totalitária que anule a importância inerente da pessoa humana e sua necessária participação política nas opções axiológicas da comunidade. A determinação do papel do Estado no campo prestacional nesse suposto paradoxo depende

da afirmação comunitária e democrática da dignidade da pessoa humana, observada a partir do exame autônomo dos componentes de igualdade e de liberdade nela presentes;

108) A desigualdade injustificada afeta a dignidade social da pessoa humana ao vulnerar a construção material das noções de comunidade e solidariedade, na medida em que as pessoas deixem de ter vínculos com propósitos ou valores comuns por inexistirem espaços de convivência, o que causa deterioração das instituições públicas e instabilidade política. A dignidade da pessoa humana como valor comunitário depende do reconhecimento de cada membro da comunidade como portador de igual status moral como pessoa em sua relação com o Estado e com os demais membros da comunidade;

109) O consenso quanto à importância da igualdade como ponto central de teorias político-filosóficas de justiça parte de sua vinculação à concepção de dignidade inerente, que se origina em nossa humanidade comum e que, por isso, pressupõe um tratamento igual entre todos os seres humanos. Essa noção leva à igualdade sob o ponto de vista formal, que veda um tratamento diferenciado a qualquer indivíduo, independentemente de qualidades pessoais;

110) A noção de igualdade formal, todavia, dissocia-se da realidade ao ignorar elementos ínsitos à pessoa humana socialmente considerada, os quais estabelecem circunstâncias e situações relevantes para justificar uma igualdade ou distinção de tratamento. A dignidade exige a consideração da igualdade do ponto de vista material, dentro da visão de igualdade proporcional de acordo com as condições reais do mundo, ensejando inclusive um tratamento desigual das pessoas voltado a promover a justiça entre elas mediante o tratamento ou distribuição desigual dentro de circunstâncias relevantes e justificáveis;

111) A igualdade material tem clara natureza relacional e social, pois pressupõe a comparação de dois ou mais sujeitos ou grupos à luz de uma determinada característica que os equipara ou os desiguala. É intrinsecamente vinculada à concepção de dignidade social, vinculação essa que aparece da tradicional interpretação do termo “dignidade social” veiculado nos ordenamentos constitucionais italiano e português. A igualdade material aparece ainda como elemento de superação de circunstâncias materiais que impliquem diminuição do auto-respeito e do respeito da comunidade para com o sujeito, bem como elemento de garantia de bem-estar material. Daí resulta a necessidade de ações concretas para a efetiva valorização da igualdade por meio da atividade prestacional do Estado;

112) Partindo-se da premissa que o Estado tem um papel importante na busca pela igualdade - inclusive em prol da estabilidade política e econômica - tem-se que a igualdade opera como parâmetro de concretização efetiva da dignidade da pessoa humana no campo

prestacional. Para isso, é necessária a fixação, pelo ordenamento jurídico, dos critérios de equalização adotados, os quais, por sua vez, pressupõem escolhas dentro do que é tido comunitariamente como justiça distributiva;

113) A igualdade distributiva na atividade prestacional do Estado não pode ser estabelecida a partir de uma igualdade formal ou numa percepção utilitarista do conceito, mas a partir da igual consideração de todas as pessoas quando da escolha dos critérios distributivo, algo que exige que as diferenças de distribuição sejam decididas democraticamente por sujeitos igualmente relevantes. Para que alguém receba mais e outro menos, é essencial que os critérios de diferenciação sejam justificáveis comunitariamente, sob pena de vulneração da igualdade e, por conseguinte, da dignidade daqueles menos aquinhoados;

114) Um critério substancial de justiça distributiva equitativa baseia-se na igualdade de oportunidades, por meio da qual cada pessoa tenha a mesma oportunidade social para ocupar espaços e se desenvolver apesar de desvantagens decorrentes de circunstâncias ou condições pessoais não causadas por escolhas atribuíveis à própria pessoa ou por causas sob seu controle. Essa igualdade de oportunidades não pode ser apenas formal, devendo ser ultimada por meio de medidas de correção de desvantagens econômicas e sociais inseridas no âmbito de uma atividade (re)distributiva prestacional do Estado que assegure a capacidade de exercício dessas oportunidades mediante a equalização de fatores moralmente arbitrários;

115) A concretização da dignidade por meio de uma justiça distributiva equitativa depende ainda da estipulação de um objetivo de igualdade de partida (igualdade *ex ante*), que permita as pessoas estarem equiparadas no momento inicial em que as oportunidades são apresentadas e as escolhas são realizadas. Entendimento diverso, ligado a uma igualdade de resultados (igualdade *ex post*) é ofensivo à dignidade por ignorar a necessidade de preservação do mérito e talento individuais, bem como da responsabilidade do sujeito sobre a condução de sua vida para fins de obterem os resultados que almejar;

116) A igual dignidade entre as pessoas impõe o respeito à liberdade de cada um tomar as decisões sobre seu destino, enquanto a desigualdade afeta a própria capacidade da pessoa de fazer escolhas. É, então, clara a relação entre dignidade social e liberdade, traduzida quer do ponto negativo – pela existência de alternativas de conduta individual isentas de obstáculos impostos por terceiros ou pelo Estado – quer do ponto de vista positivo, presente quando há condições concretas para que a pessoa efetivamente possa realizar as condutas juridicamente lícitas por ela desejada;

117) A liberdade negativa, ligada à noção original de direitos fundamentais como direitos de defesa, é voltada para a preservação de uma zona de discricionariedade individual para a tomada de decisões sem o risco de manipulação ou dominação do Estado, mas é insuficiente para a defesa e promoção do conceito de liberdade compatível com a dignidade da pessoa humana ao não levar em considerações barreiras materiais às condutas individuais de satisfação de interesses;

118) O reconhecimento da dignidade da pessoa humana parte do pressuposto de um sujeito dotado de auto-respeito e autonomia, capaz de produzir o sentido de sua própria dignidade. Isso depende de ações prestacionais, notadamente estatais, que tomem a autonomia sob sua acepção fundamental de capacidade real da pessoa de tomar controle de sua vida e realizar seus desígnios dentro do âmbito da comunidade;

119) A liberdade positiva tem nítida dimensão relacional e comunitária, vinculando-se à dignidade social da pessoa humana na medida em que a autonomia não pode ser exercida de fato sem a consideração e respeito pela igual autonomia do outro e pelos valores e objetivos comunitários que se busca fomentar em uma sociedade coesa e democrática. A liberdade social é exercida para além do indivíduo, sem, todavia, desconsiderar a pessoa individualmente considerada. A autonomia individual somente pode ser exercida verdadeiramente dentro de um ambiente social regido por normas que consagrem valores e propósitos que permitam ao sujeito desenvolver todas as suas potencialidades e escolher responsavelmente os rumos de sua vida;

120) Uma concepção completa de dignidade no campo prestacional estabelece também uma limitação de liberdade, no escopo de garantir os meios necessários para o próprio exercício material dessas mesmas liberdade e autonomia por todos. A visão de dignidade como heteronomia fixa claras restrições à liberdade do indivíduo em prol de um conceito de liberdade compatível com a noção de igualdade também incrustada na dignidade como valor comunitário e princípio de orientação da atividade estatal no campo prestacional;

121) A dignidade, considerada a partir da igualdade e da liberdade que a compõem, serve de fundamento tanto para a existência de direitos fundamentais individuais quanto para ocorrência de cláusulas limitativas a esses direitos, que podem e devem ser sopesados com face de direitos de outras pessoas, dentro de um princípio da convivência das liberdades. A dignidade social impõe que a liberdade e os direitos individuais sejam respeitados e gozados por todos os integrantes da comunidade, pressupondo possibilidades heteronômicas de restrições a essas liberdades e direitos;

122) Mesmo à luz da doutrina kantiana, tem-se que a conduta livre não é aquela que não encontra quaisquer óbices para a satisfação de interesses, mas sim aquela que respeita os deveres do ser humano para consigo e para o outro em atenção à dignidade que lhes é inerente, respeitando ainda os valores, metas e circunstâncias fáticas da comunidade em que se insere;

123) Uma justificação de políticas distributivas e de direitos fundamentais prestacionais com base na idéia de liberdade, apesar da forte resistência encontrada a partir da arraigada concepção de liberdade negativa, é viável à luz da percepção de que a autonomia individual depende da existência de ações prestacionais que assegurem à pessoa a capacidade de realizar suas escolhas em matérias fundamentais de sua vida, dentro de um contexto de igualdade material de oportunidades iniciais;

124) Para propiciar condições sociais e materiais de autonomia, uma perspectiva de liberdade negativa estabelece que o Estado remova e também não imponha obstáculos para que a pessoa disponha de um contexto material mínimo para o exercício de suas capacidades. Uma visão de liberdade positiva fixa os dever estatais de garantir pressupostos fáticos da liberdade por meio de prestações materiais que evitem um esvaziamento da capacidade real do sujeito de buscar seus propósitos de vida como melhor julgar;

125) Em face da indissociabilidade das noções de igualdade e liberdade nela presentes, a dignidade social da pessoa humana baseia-se não somente na idéia expansiva dos direitos fundamentais prestacionais, mas também em ponderações limitadoras fundadas na existência de deveres éticos indispensáveis ao pleno desenvolvimento da pessoa humana, que se voltam para o próprio indivíduo, para os outros e para a comunidade como um todo;

126) A idéia de deveres fundamentais incorpora a percepção do ser humano como pessoa parametrizada por seus compromissos comunitários, trazendo ao lume um dever geral de solidariedade que, para além de preceito teológico e ético, é também princípio jurídico que impõe uma efetiva colaboração de todos os membros da comunidade para a concretização de direitos prestacionais. Esse dever de solidariedade traduz-se verticalmente pela obrigação do Estado de agir nesse sentido e também horizontalmente, a partir das obrigações dos componentes da sociedade de arcar com os custos da atividade prestacional do Estado e de aceitar limitações de seus direitos individuais em razão das demais contingências sociais que devem ser enfrentadas;

127) As limitações derivadas do dever de solidariedade justificam a concepção de uma macro-justiça distributiva, a partir da qual a atividade prestacional é observada no



contexto mais amplo de comunidade. O Estado deve considerar a natureza disjuntiva de suas decisões alocativas, de modo que o fornecimento de determinado bem ou serviço em prol de um não implique a impossibilidade de igual prestação para outros ou mesmo a vulneração de todo o sistema prestacional;

130) O dever de solidariedade serve de fundamento de legitimidade da própria atividade prestacional do Estado, que serviria como um “seguro hipotético” solidariamente garantido pela comunidade contra vicissitudes para o qual a pessoa não deu ensejo. Aponta ainda para a compreensão de que cabe à pessoa o esforço para buscar por si própria aquilo que é objeto da prestação estatal, pois o sujeito que espera que o Estado supra necessidades que ele mesmo tem capacidade de suprir vulnera claramente o dever de solidariedade para com os verdadeiramente necessitados;

131) A dignidade social da pessoa humana implica também um necessário senso de auto-responsabilidade pessoal, por meio do qual cada pessoa deve levar a sério suas escolhas em face do reconhecimento da importância inerente de suas próprias vidas e da responsabilidade que tem sobre seus próprios atos e sobre as conseqüências deles advindas. A atividade prestacional do Estado não deve assegurar um idêntico patamar econômico e social para todos, mas sim amparar aqueles que se encontrem em situação de necessidade por fatos e circunstâncias alheias aos seus desígnios, de modo que as áleas involuntárias sejam equalizadas e as conseqüências das decisões e ações pessoais sejam respeitadas em conformidade com a capacidade de autonomia do ser humano;

132) A concretização da dignidade da pessoa humana depende, todavia, da garantia de um mínimo para existência que assegure os pressupostos materiais necessários para uma vida verdadeiramente autônoma no contexto social, mesmo para aqueles que restaram desfavorecidos pelas próprias escolhas de vida. A compatibilidade da noção de mínimo de existência com a preservação e promoção da dignidade da pessoa humana condiciona-se, nesses termos, ao seu emprego como justificativa apenas para hipóteses de garantia de pressupostos materiais absolutamente necessários para uma vida autônoma no contexto social, sendo sempre necessário que tal garantia seja destinada a oportunizar que a pessoa possa retomar uma participação ativa e responsável pela sua própria vida;

133) O paternalismo jurídico, compreendido como interferência ou limitação do campo de ação autônoma de uma pessoa justificada por razões referentes exclusivamente ao seu próprio bem ou benefício, impõe riscos à dignidade humana caso traduza uma concepção

transpersonalista que ignore por completo o indivíduo em prol de uma supremacia geral de interesses estatais, o que se dá a partir de formulação de políticas de cunho assistencialista;

134) O assistencialismo trata aquele que necessita receber prestações estatais como um mero objeto passivo, impossibilitando a pessoa de participar ativamente do processo de recuperação de sua autonomia e prejudicando a noção de responsabilidade individual para consigo e para com a comunidade. Ao tornar o ser humano inteiramente dependente do Estado, torna-o igualmente manipulável e instrumentalizado e vulnera sua dignidade;

135) O paternalismo, todavia, não é sinônimo absoluto de falta de liberdade individual ou de assistencialismo, pois políticas paternalistas podem ser voltadas justamente para a garantia da dignidade da pessoa humana dentro de um contexto de valores e propósitos que, embora externos ao indivíduo, são inseparáveis de seu contexto de vida em comunidade. Sendo impossível uma completa neutralidade axiológica do Estado e considerando que a mera maximização de escolhas individuais não garante a preservação da dignidade da pessoa que as realiza, uma omissão estatal em se opor aos desígnios individuais e impedir determinadas condutas acaba por se tornar uma desconsideração da própria dignidade daquela pessoa que, caso siga seu desígnios originais, está fadada à perda de autonomia e à marginalização comunitária;

136) A simples adjetivação de determinada política prestacional como paternalista não deve implicar sua automática rejeição, pois uma política prestacional que leve em conta valores comunitários, mesmo que contrários ao senso individual daquele que é beneficiário das prestações estatais, é claramente paternalista e, nem por isso, deixa de ser justificável e mesmo aconselhável. Para que seja justificada, todavia, uma política prestacional paternalista deve pautar-se por valores externos ao indivíduo que reflitam valores democraticamente consolidados no contexto social voltados à preservação da dignidade da pessoa humana em sua dupla acepção inerente e social, restringindo ao mínimo a autonomia pessoal e o exercício de direitos individuais dentro de um contexto de ajuda para auto-ajuda;

137) A complexidade da relação entre a atividade prestacional do Estado e a dignidade da pessoa humana em seu sentido amplo, bem como as limitações materiais inerentes aos direitos prestacionais, fazem com que tais direitos estejam sujeitos à delimitação da própria função administrativa por meio de políticas públicas. Implicam, então, considerações jurídico-políticas na medida em que o processo decisório político fica sujeito à lógica jurídico-constitucional e à idéia de judiciabilidade de direitos prestacionais subjetivos;

138) A perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais liga-se diretamente à judiciabilidade de tais direitos, compreendida como a possibilidade do titular de posição jurídica de vantagem fundada em direito fundamental reclamar perante o Poder Judiciário o cumprimento da obrigação derivada dessa posição. Contudo, a essência do direito subjetivo liga-se ao conceito de relação jurídica e não à judiciabilidade, que diz respeito apenas a sua conseqüente garantia ou segurança. Os enunciados sobre as finalidades e razões do direito e aqueles que lhe atribuem mecanismos de proteção são alheios ao enunciado sobre o direito em si mesmo;

139) A recusa em se aceitar a judiciabilidade como pressuposto de existência de um direito fundamental subjetivo público não resulta na diminuição da importância da atividade judicial na concretização dos direitos fundamentais. Até porque essa atividade é recorrente na seara prestacional, concentrada geralmente na efetivação de prestações estatais derivadas de opções legislativas já realizadas;

140) O exame da atividade prestacional do Estado exige a convergência entre os referenciais teóricos estabelecidos dentro do contexto do "dever ser" e a realidade, traduzida a partir da avaliação de como a temática é tratada no cotidiano forense. O estudo jurisprudencial é fundamental para a devida compreensão das dimensões axiológica e normativa da atividade prestacional, bem como para examinar a efetividade social das previsões normativas. O exame de casos aparece então como material empírico para esse fim, ao permitir o contato com dilemas e questionamentos enfrentados na realidade fática dos tribunais e, dessa forma, a aferição das soluções encontrada pela jurisprudência e a reflexão crítica do *status quo* em face de possíveis alternativas encontradas;

141) O método de estudo de casos deve privilegiar uma perspectiva comparada, que permite, uma vez consideradas as peculiaridades culturais locais, a comunicação entre as diversas constituições nacionais. Enseja ainda o incremento da análise crítica do ordenamento jurídico interno e a obtenção de uma cooperação internacional voltada ao aperfeiçoamento do Estado em consonância com a premissa antropológica da dignidade da pessoa humana. Apesar de alguma resistência, essa perspectiva comparada encontra ressonância na jurisprudência, sendo prática observada nos tribunais constitucionais português e brasileiro, dentre outros, que se utilizam de aportes estrangeiros para a solução das lides que lhe ocorrem;

142) A Constituição norte-americana não traz em seu texto qualquer referência expressa à dignidade da pessoa humana, mas esse conceito vem sendo aplicado pela Suprema

Corte em diversos precedentes como preceito constitucional implícito e valor ligado à igualdade retratada na Emendas V e XIV da Constituição, em temas como segregação racial, aborto e homossexualidade. Não há, todavia, uma opinião jurisprudencial consolidada quanto a essa aplicação;

143) Mesmo quando admitida pela jurisprudência norte-americana, a noção de dignidade é vinculada unicamente à direitos de defesa contra ingerências estatais na liberdade individual. A estrutura liberal da Carta de Direitos inserida na Constituição norte-americana estabelece uma visão predominante de inexistência de direitos prestacionais no ordenamento constitucional. Apesar de alguns precedentes dos anos de 1960 e 1970 reconhecerem deveres prestacionais estatais derivados de direitos de defesa, essa orientação foi interrompida já no início dos anos 1970 com a alteração da composição da Suprema Corte, sendo desde então reiterada a jurisprudência no sentido de que o Estado não tem, do ponto de vista constitucional, qualquer obrigação prestacional voltada à proteção e preservação da dignidade da pessoa humana em situações concretas;

144) Na Alemanha, berço do Estado Social e campo de elaboradas discussões teóricas no campo dos direitos fundamentais, a Lei Fundamental - apesar de não prever expressamente direitos prestacionais - estabelece a proteção da dignidade da pessoa humana e a do Estado Social como propósitos estatais, sendo destacado o papel do Tribunal Constitucional Federal em delinear o conteúdo material de tais propósitos, tidos como verdadeiras exigências impostas ao Estado;

145) Além de fixar o conceito de dignidade sob o ponto de vista de proteção do valor intrínseco e autonomia da pessoa humana em situações concretas e estabelecer suas possíveis limitações em função de razões comunitárias, a vasta jurisprudência constitucional alemã serviu de origem para diversas noções usualmente utilizadas nos debates de direitos prestacionais, tais como o mínimo para existência como pressuposto da dignidade e a reserva do possível como critério de limitação racional e comunitária das prestações devidas, à luz da solidariedade social;

146) O Tribunal Constitucional alemão permanece, em sua jurisprudência mais recente, no desenvolvimento teórico da dignidade da pessoa humana e dos direitos prestacionais dela derivados, o que faz da Alemanha paradigma orientador para a doutrina e para a jurisprudência de outros países. Reafirma a prerrogativa do legislador de fixar o conteúdo e extensão da atividade prestacional do Estado, ficando condicionado, porém, à

fixação de regras racionais, transparentes e proporcionais e à garantia de um mínimo existencial na vida em comunidade à luz das condições econômicas e técnicas presentes;

147) Em razão de sua expressa previsão constitucional como base da República portuguesa, o Tribunal Constitucional português afirma a dignidade da pessoa humana como valor supremo e guia de atuação do Estado, dotado de eficácia normativa enquanto preceito hermenêutico essencial do ordenamento jurídico. Embora não estabeleça previamente seu alcance prescritivo, o Tribunal Constitucional adota a visão de dignidade como vedação de instrumentalização do ser humano e como fonte de direitos fundamentais ao estabelecer a possibilidade de reconhecimento de direitos fundamentais implícitos emanados da dignidade, inclusive o direito a um mínimo para existência;

148) O Tribunal Constitucional português considera o mínimo para existência como exigência da dignidade humana, que é cumprida, em primeiro momento, a partir de uma visão de não imposição de obstáculos para que o indivíduo atinja tal patamar. Além disso, estabelece um dever de ação do Estado, inclusive mediante prestações materiais, concretizadas mediante conformação legislativa e restringíveis mediante considerações fixadas na reserva do possível;

149) Embora tenha estabelecido precedente com base no qual entendia que a garantia de um mínimo para existência impõe ao Estado prestações materiais positivas subjetiváveis e diretamente derivadas da previsão constitucional da dignidade da pessoa humana, jurisprudência mais recente do Tribunal Constitucional português passa a enfatizar de forma mais aguda a predominância da conformação político-legislativa no campo prestacional, em face de circunstâncias referenciáveis à reserva do possível e a noções de solidariedade social inerentes à atividade prestacional;

150) No Brasil, a Constituição traz a dignidade como fundamento e elemento estrutural do Estado Democrático de Direito e consagra extenso rol de direitos fundamentais prestacionais, sem fazer quaisquer diferenciações quanto a sua eficácia e força normativa ao prever que todas as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata. Uma percepção dualista dos direitos fundamentais vai então de encontro ao próprio aspecto formal de positivação dos direitos fundamentais prestacionais na Constituição brasileira, embora não se possa afastar, por isso, as complexidades inerentes à efetivação dos direitos prestacionais, decorrente da natureza material e comissiva das obrigações deles decorrentes;

151) A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, embora utilize com bastante frequência o princípio da dignidade da pessoa humana em seus julgamentos, muitas vezes o

faz como mero elemento retórico, sem maior densificação de seu conteúdo, trazendo riscos para sua importância argumentativa. Nos casos em que adentrou no tema, identifica a dignidade majoritariamente com o conceito kantiano de autonomia e vedação de instrumentalização, estabelecendo ainda a dignidade como fundamento do ordenamento e princípio hermenêutico que orienta sua aplicação;

152) A noção social de dignidade aparece em menções implícitas ocasionais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, especificamente no reconhecimento da igualdade política em uma sociedade pluralista. Nesses casos, a dignidade aparece como justificativa para limitação de condutas individuais em prol da dignidade do outro e de valores sociais e também para a determinação de condutas em face da solidariedade social. Identifica também a dignidade com a necessidade de elementos materiais mínimos para existência autônoma em comunidade;

153) No campo prestacional, a jurisprudência do STF é bastante profícua, sendo marcada pela determinação do cumprimento de diversas políticas públicas referentes a várias atividades prestacionais por parte do Estado, notadamente no campo da assistência social, da educação e, especialmente, da saúde. Em seus primeiros julgados sobre o tema, o STF tem uma posição inicial contundente em prol da fundamentalidade dos direitos prestacionais, a existência de deveres estatais deles decorrentes e de sua exigibilidade judicial em caso de descumprimento. A escassez inerente à atividade prestacional do Estado, sobretudo no que tange aos limites financeiros para sua efetivação e à repercussão comunitária de decisões individuais, tem sua importância expressamente rejeitada pela Corte, pois seriam questões menores em face da importância da concretização de direitos fundamentais individuais;

154) Apesar de alguns precedentes posteriores do Supremo Tribunal Federal virem a encampar a discussão dos limites dos direitos prestacionais à luz da noção de reserva do possível, dos limites materiais e financeiros do Estado e da repercussão comunitária das decisões individuais, os mesmos não serviram para alterar a orientação majoritária do STF quanto à concessão de direitos prestacionais de forma bastante ampla e sem considerações concretas sobre as fronteiras de sua efetivação pelo Estado. Tal entendimento, ao contrário do que possa parecer, acabar por vulnerar a defesa da força normativa e da fundamentalidade material dos direitos prestacionais por ignorar a real capacidade prestacional do Estado, haja vista que a mera previsão constitucional, embora sirva para vincular a atividade legislativa, nunca é suficiente para a realização de quaisquer direitos, mesmo em se tratando de direitos fundamentais;

155) Uma reflexão referente ao papel do Poder Judiciário na efetivação de prestações materiais estatais voltadas à garantia e promoção de direitos fundamentais a partir da análise da jurisprudência comparada permite a identificação de várias orientações possíveis, que vão desde sua completa exclusão em face de uma visão clássica de separação de poderes e do juiz como mero aplicador da lei até a defesa de seu protagonismo na definição da atividade prestacional do Estado, cabendo ao juiz a definição e realização de políticas públicas mesmo que diretamente da ordem constitucional, dentro do que identifica como pauta axiológica da comunidade. Ambos os extremos, todavia, devem ser rejeitados;

156) O protagonismo judicial, ao ignorar questões referentes à reserva do possível, desconsidera também a escassez que é indissociável à atividade prestacional e que lhe impõe limites inexoráveis, contribuindo para a perda da relevância jurídico-política do próprio Poder Judiciário em razão da ausência de conseqüências práticas de suas decisões. Tal protagonismo enseja ainda a multiplicação de demandas individuais e despreza a inevitável repercussão comunitária de tais decisões, privilegiando uma visão individualista da dignidade humana de pessoas com mais acesso ao Poder Judiciário, em detrimento da função heterônoma da dignidade como limite de direitos em face da cooperação e solidariedade sociais;

157) Há diversos elementos de ordem material necessários para a realização de escolhas alocativas que pressupõem a formulação e execução de políticas públicas gerais de cunho prestacional, as quais devem refletir valores comunitários democraticamente estabelecidos. Embora o Poder Judiciário não seja inteiramente desprovido de legitimidade democrática, a relação processual, mesmo de natureza coletiva, não é o meio mais adequado para determinar tais políticas prestacionais, tarefa que deve recair preferencialmente sobre agentes eleitos periodicamente que, ao menos em tese, reverberam as opiniões majoritárias e as preferências da comunidade;

158) O Poder Judiciário não deixa, todavia, de ter papel fundamental na efetivação de direitos fundamentais prestacionais voltados à garantia e promoção da dignidade da pessoa humana, dentro de sua função última de garantia do ordenamento jurídico e de seu poder-dever de efetivação constitucional em face de omissões ou ofensas perpetradas pelos demais poderes, em um exercício de controle mútuo próprio de Estado Constitucional Democrático de Direito. Embora vinculado à norma legal, o Poder Judiciário tem sua vinculação primeira com os preceitos constitucionais de direitos fundamentais, cuja eficácia irradiante se estende a todas as funções estatais e faz como que o juiz deixe de ser um mero aplicador da lei para tornar-se um guardião da Constituição;

159) O reconhecimento dessa transformação do papel do Poder Judiciário não o exime de respeitar os limites funcionais da atividade jurisdicional estabelecidos constitucionalmente, do que resulta a necessidade de observação de uma prerrogativa dos demais poderes estatais na delimitação do alcance da atividade prestacional do Estado. Isso se dá notadamente em face da necessidade de densificação do conteúdo das normas de direitos fundamentais prestacionais, que implica um espaço de conformação e uma discricionariedade estrutural para o legislador, em diferentes níveis;

160) A discricionariedade quanto aos meios de efetivação de direitos prestacionais e a necessária ponderação quanto ao seu alcance permitem entendimentos diversos e razoáveis quanto a políticas prestacionais, razão pela qual se deve reconhecer aos demais poderes estatais ampla margem de atuação na definição e execução de tais políticas. O Poder Judiciário não pode, porém, ser omissor em sua função de tutela da dignidade da pessoa humana tanto em sua acepção individual quanto social, notadamente em situações concretas em que, por decorrência de condutas comissivas ou omissivas dos demais poderes, haja fundado risco de vulneração da dignidade humana;

161) Cabendo ao Estado o dever de agir para garantia da dignidade humana em sua concepção ampla, a falha do Legislativo em sua densificação legislativa ou do Executivo na sua aplicação concreta determina ao Judiciário o dever de aplicar a Constituição, para declarar a inconstitucionalidade das condutas legislativas ou administrativas ou ainda a inconstitucionalidade da omissão dos demais poderes na proteção e promoção de direitos fundamentais prestacionais. Isso não dá ao Poder Judiciário, porém, um poder de livre criação de deveres prestacionais do Estado, mas sim o dever de garantia de que os direitos fundamentais prestacionais não deixem de ter efetividade alguma, como conseqüente violação do ordenamento constitucional;

162) Ao especificar, diante de circunstâncias concretas e determinadas, quais os deveres estatais e qual a abrangência desses deveres para a garantia desse mínimo necessário para o resguardo e fomento da dignidade da pessoa humana, recai sobre o Poder Judiciário alguma atividade criativa, a qual, por sua vez, mostra-se inevitável dentro de um contexto de concretização de normas principiológicas que veiculam valores. A legitimação de tais intervenções judiciais no campo prestacional se dá por meio da fundamentação das decisões judiciais, não bastando ao juiz a mera invocação genérica de argumentos para determinar prestações estatais da melhor forma que lhe aprouver, de forma subjetiva e arbitrária. Ignorar tal exigência acaba por banalizar o recurso direto à dignidade humana e aos direitos



fundamentais, e, por consequência, diminuir sua importância prática e seu peso argumentativo, indo de encontro ao próprio propósito original do Poder Judiciário na garantia de uma maior efetivação dos direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático de Direito;

163) O papel do Poder Judiciário é delimitado também pelas limitações inerentes à tutela jurisdicional direta de direitos fundamentais prestacionais, explicitadas pela natural incapacidade de avaliar questões voltadas a planejamentos administrativos complexos e de longo prazo inerentes às políticas públicas prestacionais e pela própria estrutura tradicional do processo judicial, cuja natureza adversarial não se adéqua como modelo de solução de questões dessa natureza;

164) Dentro de uma devida compreensão da separação de funções do Estado, a atividade judicial deve ser articulada com os demais atores públicos na consecução dos fins estatais determinados substancial e objetivamente pelos direitos fundamentais, sanando omissões e falhas específicas e trazendo ao lume possíveis rediscussões de prioridades na conformação das políticas prestacionais pelos demais ramos do Estado;

165) O juiz não pode ser completamente alheio às discussões constitucionais para resumir sua atuação na aplicação automática da norma legal, nem pode assumir para si decisões cujas repercussões escapam aos limites das lides judiciais e que, por isso, são próprias dos demais agentes estatais em uma comunidade democrática. Sua intervenção deve ser pontual para sanar patentes falhas ou omissões que possam concretamente vulnerar a dignidade humana, soluções essas que se legitimam quando justificadamente se apresentem como derivação lógica e concreta da Constituição.

\*\*\*

Enumeradas as múltiplas teses defendidas neste estudo, percebe-se que toda a argumentação acerca do conceito inerente e social de dignidade humana, de subjetivação de direitos em face do Estado e dos direitos fundamentais prestacionais e de seus limites deságua, de um modo ou de outro, na discussão de critérios de justiça distributiva voltados a buscar a melhor forma de resguardar a dignidade da pessoa humana dentro de um contexto de infinitas necessidades materiais da população e de inerente escassez de meios para atendê-las por parte do Estado.

Apesar dos diversos caminhos e argumentos acima enumerados, admite-se a hipótese de crítica de que as conclusões apontadas não atingem um nível necessário de especificidade ou de consenso para que possam ser tidas como um paradigma de justiça

distributiva global, hábil a delimitar, de forma definitiva, como o Estado deve realizar suas escolhas alocativas em matéria prestacional. Tal inferência, mesmo que verdadeira, não deve ser tida, todavia, como uma omissão ou falha deste estudo.

Há de se ter em conta que “soluções arrebatadoras e teorias globais provavelmente não são adequadas para tratar das complexidades inerentes ao problema de como distribuir”<sup>1075</sup>, razão pela qual não se pode pretender a obtenção de um padrão de justiça distributiva global<sup>1076</sup>. Sendo a atividade prestacional do Estado temática que invariavelmente envolve pensamentos filosóficos, jurídicos e políticos conflitantes no âmbito social, a busca das soluções necessárias depende da aceitação de uma metodologia que admita uma estrutura de justificação complexa, que acomode e conecte as diversas visões teóricas gerais acerca do tema, mas também leve em conta considerações específicas para o deslinde de situações concretas.

Para isso, vale invocar a noção de "equilíbrio reflexivo" de John Rawls, por meio do qual o senso de justiça sobre escolhas referenciáveis à ética prática deriva de “juízos ponderados” acerca das diversas convicções conflitantes no âmbito comunitário, num procedimento que leve à fixação de regras de escolha e justificação públicas que tenham em conta a complementaridade entre a cultura política democrática de uma sociedade e o ideais normativos individuais e sociais.<sup>1077</sup>

Trata-se, portanto, de um esforço de se encontrar uma resposta democrática para a definição do que é uma atividade prestacional estatal justa em determinada comunidade, mesmo diante de inevitáveis discordâncias em alguns ou muitos pontos teóricos pertinentes

---

<sup>1075</sup> YAARI, M. E.; BAR-HILLEL, M. On dividing justly. **Social choice and welfare**, n. 1, 1984, p. 23.

<sup>1076</sup> Com base em estudos empíricos, John Elster afirma que os critérios de justiça distributiva variam entre países e mesmo entre áreas em que as escolhas alocativas são realizadas dentro de um mesmo país, variação essa decorrente das peculiaridades locais e do inevitável processo de barganhas e coalizões políticas existente entre os diversos atores envolvidos, que têm interesses diversos. Por isso, defende o autor que inexiste um princípio geral que reja a alocação de recursos materiais escassos. ELSTER, John. **Local justice: how institutions allocate scarce goods and necessary burdens**. Cambridge: Cambridge University Press, 1992, *passim*.

<sup>1077</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**, Cap. I, § 4o.; Idem, **Liberalismo político**, Cap. I, § 1. Para Rawls, o procedimento do equilíbrio reflexivo consiste no núcleo central de sua concepção política de justiça, que garanta a identificação da objetividade dos juízos e princípios morais com base na coerência entre eles, conformando os juízos morais convergentes com base na coerência com os princípios da justiça como equidade. Trata-se de um procedimento de justificação pública (*public justification*) adequada a uma concepção política de justiça para uma sociedade pluralista e democrática em que vigem as idéias de cooperação social, liberdade e igualdade. Por meio dele, toma-se como ponto de partida as idéias fundamentais contidas na cultura política para formar uma base pública de justificação, que todos os cidadãos (tomados como racionais e razoáveis) podem endossar apoiados em suas doutrinas abrangentes e razoáveis. Idem, **Justiça como equidade**, cap. I, §§ 9.1, 9.4.

ao tópico, mas dentro de um consenso de cooperação e solidariedade social<sup>1078</sup> e dos parâmetros jurídicos dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição.

Nesses termos, e considerando que "a ciência social jamais pode pretender uma solução, quer dizer, uma diretiva que brote inequivocamente do objetivo dado em conexão com o conhecimento técnico"<sup>1079</sup>, o que se pode pretender neste estudo é que as sínteses conclusivas ora apresentadas sirvam como pontos a serem considerados no debate para a definição de um conjunto coerente e realista de parâmetros para atividade prestacional do Estado, o qual - uma vez estabelecido democraticamente dentro de um equilíbrio reflexivo - seja aceito como justo pela comunidade e sirva como guia prático para a solução dos problemas concretos e fundamentais voltados à proteção e incentivo da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>1078</sup> Segundo John Rawls, à luz do princípio da diferença (cf. Título VI, Cap. I), quando todos seguem as regras de cooperação publicamente reconhecidas, a distribuição particular daí resultante é aceitável como justa independentemente de como ela se apresente. Nesses termos, a justiça distributiva independe da posição ocupada pelo indivíduo no contexto social, ou de uma definição prévia ou fixa de quotas de divisão dos recursos comunitários. RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma reformulação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 53 e ss.

<sup>1079</sup> ROSS, Alf. **Direito e Justiça**, p. 371. No mesmo sentido, Fernando Aguillar estabelece que "uma ciência social é somente possível se se admite um certo traço de relativismo, vale dizer, se se tolera uma convivência de ideologias que se afrontam na base da produção teórica". AGUILLAR, Fernando Herren. **Metodologia da ciência do direito**. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 64.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **El umbral de la ciudadanía**: el significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2ª ed. Madri: Editorial Trotta, 2004.
- \_\_\_\_\_. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ADORNO, Theodor; W. HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985.
- ALCALÁ, Humberto. N. **Teoría y dogmática de los derechos fundamentales**. México: UNAM, 2003.
- ALCÂNTARA, Gisele C. Sampaio. Judicialização da saúde: uma reflexão à luz da teoria dos jogos. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XVI, n. 57, maio./ago. 2012, p. 88-94
- ALEXANDRINO, José de M. **Direitos fundamentais**: introdução geral. Estoril: Princípia, 2007.
- \_\_\_\_\_. **A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa**. Vol. II: A construção dogmática. Coimbra: Almedina, 2006.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Teoria de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- \_\_\_\_\_. **El concepto y la validez del derecho**. Barcelona: Gedisa, 2004.
- \_\_\_\_\_. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. **Revista de Direito Privado**. Ano 6, vol. 24. São Paulo: RT, out/dez de 2005.
- \_\_\_\_\_. **A theory of constitutional rights**. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- \_\_\_\_\_. Direito constitucional e direito ordinário: jurisdição constitucional e jurisdição especializada. **Revista dos Tribunais**. Ano 91, v. 799. São Paulo: RT, maio de 2002.
- \_\_\_\_\_. Derechos sociales fundamentales. In: CARBONELL, Miguel et al.(org.). **Derechos sociales y derechos de las minorias**. Cid. de México: UNA, 2000.
- ALVES, Cléber F. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: o enfoque da doutrina social da igreja. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ALZAGA, Óscar (dir.). **Comentarios a la Constitución Española de 1978**. Madrid : Edersa, Tomo II, 1996

- AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. Vol. I. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- \_\_\_\_\_. Interpretação dos direitos fundamentais e conflito entre poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- \_\_\_\_\_. O “direito ao mínimo de existência condigna” como direito fundamental a prestações estaduais positivas – uma decisão singular do Tribunal Constitucional: Anotação ao acórdão do Tribunal Constitucional n. 509/02. **Jurisprudência Constitucional**, n. 1, jan/mar de 2004. Lisboa: Aatric, 2004.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica**: esboço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. V. II. São Paulo: Loyola, 2001.
- ARAÚJO, Fernando. **Introdução à economia**. Coimbra: Almedina, 2002.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- ARISTÓTELES. **A política**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos. **Revista da Ordem dos Advogados**. Ano 68. Jan-2008, Lisboa, p. 97-124.
- \_\_\_\_\_. **Direito civil**: teoria geral. Vol. III. Coimbra: Almedina, 2004.
- ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy. **Doxa** n° 24, 2001, p. 671-687.
- AUMANN, Robert J. Game theory. **Collected papers**, Vol. I. Boston: Boston: Massachusetts Institute of Technology, 2000, p. 47-106.
- AUSTIN, John. **The province of Jurisprudence determined and the uses of the study of Jurisprudence**. Indianapolis: Hackett, 1998.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- \_\_\_\_\_. Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n° 236, abr./jun. de 2004, p. 369-384.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BACELLAR FILHO, Romeu F.; BLANCHET, Luiz Alberto (coord.). **Serviços públicos**: estudos dirigidos. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 65-105.

- BACHOF, Otto. La dignidad de la persona. Fundamento del derecho a no ser discriminado injustamente. **Derecho a la no discriminación**. México: UNAM-CONAPRED-CDHDF, 2006.
- BACHOF, Otto; STOBER, Rolf; WOLFF, Hans J. **Direito administrativo**. V. 1. Lisboa: Fund. Calouste Gulberkian, 2006.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Discrecionalidade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BARBOSA, Ruy, **Oração aos moços**. 5. ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1999.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. **Revista de direito do Estado**. v. 1, n. 3, jul./ set. 2006.
- \_\_\_\_\_. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARRO, Robert. J. Rule of Law, democracy, and economic performance. **Index of economic freedom**. Washington, D.C.: The Heritage Foundation, 2000, p. 31-49.
- BARROSO, Luís Roberto. Here, there, and everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational discourse. **Boston College International & Comparative Law Review**, Vol. 35, n. 2, 2012, p. 331-393.
- \_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Temas de direito constitucional**. Tomo III. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008
- \_\_\_\_\_. A falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial **Revista Jurídica UNIJUS**. V.11, n. 15, Nov/2008, p. 13-38.
- \_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005.
- \_\_\_\_\_. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista diálogo jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 6, set. 2001. Disponível em: [www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br)
- \_\_\_\_\_. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de C.V. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da EMERJ**, v. 10, n. 50, 2010, p. 35-55.
- BEDIN, Gilmar A. **Os direitos do homem e o neoliberalismo**. 3. ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2002.

- BEISER, Frederick, C. **The Cambridge Companion to Hegel and nineteenth century philosophy**. New York: Cambridge University Press, 2008.
- BELLESCIZE, Ramu de. **Les services publics constitutionnels**. Paris: LGDJ-Montchrestien. 2005.
- BEN-BASSAT, Avi; DAHAN, Momi Social rights in the Constitution and in practice. **Journal of Comparative Economics**, Vol. 36, n. 1, mar/2008, p. 103–119. Disponível em: <http://www.sciencedirect.com/science/journal/01475967/36/1>
- BERLIN, Isaiah. **Liberty**: incorporating “Four essays on liberty”. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- BETTI, Emílio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- BERND-SCHÄFER, Hans; COOTER, Robert D. **Solomon’s knot**: How Law Can End the Poverty of Nations. Princeton: Princeton University Press, 2012.
- BENDA, Ernesto *et al.* **Manual de derecho constitucional**, Madri: Marcial Pons, 1996.
- BEYLEVELD, Deryck; BROWNSWORD, Roger. **Human dignity in bioethics and biolaw**. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- BILHALVA, Jacqueline Michels. **A aplicabilidade e a concretização das normas constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- BITENCOURT NETO, Eurico. **Mandado de injunção na tutela de direitos sociais**. Salvador: Juspodivm, 2009.
- BLOCH, Ernst. **Derecho natural y dignidad humana**. Madrid: Dykinson, 2011.
- BLUME, Lorenz; VOIGT, Stefan. The economic effects of human rights. **Kyklos**, Vol. 60, No. 4, nov./2007, p. 509-538. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=652701>
- BOBBIO, Norberto *et al.* **Dicionário de política**. V. I. 11 ed. Brasília: UNB, 1983.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: Edipro, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Igualdade e liberdade**. 3 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 13.
- \_\_\_\_\_. **O positivismo jurídico**: lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995.
- \_\_\_\_\_. **Teoria do ordenamento jurídico**. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.
- \_\_\_\_\_. **A era dos direitos**, Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIT, Philip; CALABRESI, Guido. **Tragic choices**: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources. New York: W.W. Norton & Company, 1978.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst W. **Estudios sobre Estado de Derecho y la democracia**. Madrid: Trotta, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Baden-Baden: Nomos, 1993.

- BON, Pierre; MAUS, Didier (org.) **Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes**. Paris: Dalloz-Sirey, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Do Estado liberal ao Estado social**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007
- \_\_\_\_\_. O método tópico de interpretação constitucional. **Revista de Direito Público**. n. 98, São Paulo:RT, abril/junho1991, p. 5-11
- BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- \_\_\_\_\_. La restricción de los derechos fundamentales. **Revista española de derecho constitucional**, N.59, 2000.
- BOUCKAERT, B.; GEEST, G. (ed.). **Encyclopedia of Law and Economics**. Northhampton: Elgar, 2000.
- BRANCO, Paulo Augusto G.; COELHO, Inocêncio M.; MENDES, Gilmar F. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Cinco modelos de capitalismo. **Textos para discussão da Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas**. São Paulo: FGV, maio/2011. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/8083>
- \_\_\_\_\_. Do Estado patrimonial ao gerencial. In: PINHEIRO, Wilhem (org.) **Brasil: um século de transformações**. São Paulo: Cia. Das Letras, 2001, p. 222-259.
- \_\_\_\_\_. Uma nova gestão para um novo Estado: liberal, social e republicano. **Revista do serviço público**, n. 52. Brasília: ENAP, janeiro/2001. p. 5-24.
- BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no Estado Constitucional**: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- BRITO, Wladimir. **Que direitos sociais?** Um standard minimum lusófono de direitos sociais? Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Ed., 2002.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BUCHANAN, James; TULLOK, Gordon. **The calculus of consent**: logical foundations of constitutional democracy. Michigan: University of Michigan Press, 1962.
- BULOS, Uadi Lammêngo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BÚRCA, Gráinne de; WITTE, Bruno de. **Social rights in Europe**. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- CAETANO, Marcelo. **Manual de direito administrativo**. 10. Ed. Coimbra: Almedina, 1997.
- CALVÃO, Filipa Urbano. Princípio da eficiência. **Revista da FDUP**. Vol. .7, 2010, p. 329-341.



CAMARGO, Marcelo Novelino (org). **Leituras complementares de constitucional:** direitos fundamentais. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo:** direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: RT, 2010.

CAMPOS, Germán J. B. **Teoría general de los derechos humanos.** Cid. do México: UNA, 1989.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito.** 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANÇADO TRINDADE. Antônio A. **Seminário direitos humanos das mulheres:** a proteção internacional. Brasília, 25 de maio de 2000. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado\\_bob.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm)

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos.** Vol. I. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

CANOTILHO, J.J Gomes; CORREIA, Marcus O. G; CORREIA, Érica P. B. (coords.). **Direitos fundamentais sociais.** São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital, **Constituição da República Portuguesa anotada.** Vol. I. 4ª. Ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos de direito constitucional.** Coimbra: Coimbra Ed., 1991.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2004.

\_\_\_\_\_. **Estudos sobre direitos fundamentais.** Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

\_\_\_\_\_. **Constituição dirigente e vinculação do legislador:** contribuição para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

\_\_\_\_\_. **Estado de Direito.** Lisboa: Gradiva Publicações, 1999.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 6. Ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CARBONELL, Miguel (org.) **Derechos fundamentales y Estado.** México: UNAM, 2002.

CARDOSO, Gustavo V. O direito comparado na jurisdição constitucional. **Revista Direito GV**, n. 6, São Paulo, jul/dez, 2010, p. 469-492.

CAROSELLA, E. D. (dir.), **L'identité? Soi et non-soi, individu et personne.** Paris: PUF, 2006.

CAROZZA, Paolo G. Human dignity and judicial interpretation of Human Rights: a reply. **European Journal of International Law**, n. 19, 2008, p. 931-944.

CARROL, Lewis. **Aventuras de Alice no país das maravilhas.** Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASSIERS, L. La dignité et l'embryon humain. **Revue Trimestrielle des Droits de L'Homme**, v. 54, 2003

CASTANHEIRA NEVES, António. **Digesta: Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros.** Vol. 3. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

\_\_\_\_\_. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica.** Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

\_\_\_\_\_. **A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação.** Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

\_\_\_\_\_. **O problema actual do direito: um curso de filosofia do direito.** Coimbra/Lisboa, 1985/1986, policopiado.

CASTELAR PINHEIRO, Armando; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados.** São Paulo: Campus/Elsevier 2005.

CASTRO, Siqueira. **A Constituição aberta e direitos fundamentais do homem.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CATARINO, João Ricardo. **Princípios das finanças públicas.** Coimbra: Almedina, 2011.

CENTRAL INTELLIGENCE AGENCY (CIA). **The 2013 world fact book.** Disponível em: [www.cia.gov](http://www.cia.gov).

CÍCERO, Marcus Tullius. **De Officiis.** Boston: Little, Brown, and Co., 1887. Disponível em: <http://oll.libertyfund.org/title/542/83344>.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de direito constitucional e internacional.** São Paulo, n° 54, jan/mar 2006, p. 28-39.

\_\_\_\_\_. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional.** n. 3. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2003.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics.** Vol.3, n. 1, out/1960. Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/lawecon/coaseinmemoriam>

COCURUTTO, Ailton. **Os princípios da dignidade da pessoa humana e da inclusão social.** São Paulo: Malheiros, 2008.

COELHO, Júlio R. **O ônus da prova no direito do consumidor.** Fortaleza: Premium, 2002.

COHEN, Gerald A. On the currency of egalitarian justice. **Ethics.** Vol. 99, n. 4, jul/1989), p. 906-944. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2381239>

COMISSÃO EUROPÉIA. **Livro branco sobre os serviços de interesse geral.** (COM(2004) 374). Disponível em: [www.europa.eu](http://www.europa.eu)

\_\_\_\_\_. **Livro verde sobre serviços de interesse geral.** COM(2003) 270 . Disponível em: [www.europe.eu](http://www.europe.eu).

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 1999.

- COONS, C.; WEBER, M. (ed). **Paternalism: theory and practice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- COOTER, Robert D. **The strategic Constitution**. Princeton: Princeton University Press, 2000.
- COOTER, Robert D.; ULEN, Thomas. **Law & economics**. 6. Ed. Boston: Addison-Wesley, 2012.
- CORDEIRO, Paulo Machado. **A responsabilidade social dos juízes e a aplicação dos direitos fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2007.
- CORRADINO, Michele. **Il diritto amministrativo alla luce della recente giurisprudenza**. Padova: CEDAM, 2007.
- CORREIA, J. M. Sérvulo. Relações jurídicas administrativas de prestação de cuidados de saúde. **Direitos fundamentais & Justiça**, n. 7, abril/jun 2009, p. 13-46.
- \_\_\_\_\_. **O direito de manifestação: âmbito de proteção e restrições**. Coimbra: Almedina, 2006.
- \_\_\_\_\_. Interrelação entre os regimes constitucionais dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais e o sistema constitucional de autonomia do legislador e de separação e interdependência de poderes: teses. **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes**. Lisboa (Edições FDUL): Coimbra Editora, 2004, p. 969-970.
- \_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais: sumários**. Lisboa: AAFDL, 2002.
- COURTIS, Christian (org). **Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales**. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.
- CRANSTON, Maurice. Human rights, real and supposed. In: RAPHAEL, D.D. (ed). **Political theory and the rights of man**. Bloomington: Indiana University Press, 1967
- CRETELLA JUNIOR, José. **Tratado de direito administrativo: teoria do ato administrativo**. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Dos atos administrativos especiais**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Direito administrativo comparado**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- CROSS, Frank R. The error of positive rights. **UCLA law review**. Vol. 48, n. 4, 2001.
- CRUZ, Álvaro R. de Souza. **Hermenêutica Jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2007.
- CUNHA, Paulo Ferreira da (org). **Direitos humanos**. Coimbra: Almedina, 2003.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. **Constituição & política: poder constituinte, Constituição material e cultura constitucional**. Lisboa: Quid Juris, 2012.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CUSHMAN, Thomas (ed.). **Handbook of human rights**. New York: Routledge, 2012.
- DABIN, Jean. **El derecho subjetivo**. Granada: Comares, 2006.
- DALLARI, Dalmo. **Elementos de teoria geral do Estado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

- DANTAS, Ivo. **Princípios constitucionais e interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.
- DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DAVID, René. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. 3. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1996.
- DAVIS, John B.; DOLFSMA, Wilfred (ed.) **The Elgar companion to social economics**. Cheltenham: Edward Elgar, 2008.
- DE VICENZI, Brunela Vieira. É digno ser humano? Ou És digno, ser humano? **Revista de direito constitucional e internacional**. São Paulo: RT, vol. 82, jan/mar 2013, p.75-82.
- DELGADO, Maurício G.; PORTO, Lorena V. (Orgs.). **O Estado do bem-estar social no Século XXI**. São Paulo: LTr, 2007.
- DÍAZ, E. **Un itinerario intelectual de filosofía jurídica y política**. Madrid: Biblioteca Nueva, 2003.
- DIETERLEN, Paulette. Paternalismo y Estado de Bienestar. **Doxa**. n. 05, 1988, p. 175-194. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com>
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- DOIG, Klingen Germán. **Direitos humanos e ensinamento social da Igreja**. São Paulo: Loyola, 1994.
- DONNELLY, Jack. **Universal human rights: in theory & practice**. New York: Cornell University Press, 2003.
- DORFF, Michael B. Why welfare depends on fairness: a reply to Kaplow & Shavell. **Southern California Law Review**, Vol. 75, 2002 p. 847. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=878557>
- DUMONT, Louis. **O individualismo: uma perspectiva antropológica da sociedade moderna**. Rio de Janeiro: Rocco, 1993.
- DÜRIG, Günter. Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde : Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1, Abs. I, in Verbindung mit Art. 19. Abs. II, des Grundgesetzes. **Archiv für öffentliches Recht (AöR)**, n. 81, 1956, p. 117 e ss.
- DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Is Democracy possible here?** Principles for a new political debate. Princeton: Princeton University Press, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e outras liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

- \_\_\_\_\_. Must our judges be philosophers? Can they be philosophers? **Scholar of the year lecture**. New York: New York Council for the Humanities, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Sovereign virtue: theory and practice of equality**. Cambridge: Harvard University Press, 2000.
- \_\_\_\_\_. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- \_\_\_\_\_. Constitutionalism and democracy. **European journal of Philosophy**. Vol. 3 n. 1, abril /1995, p. 2-11.
- \_\_\_\_\_. Rights as trumps. In: WALDRON, Jeremy. **Theories of rights**. Oxford: Oxford University Press, 1984, p. 153-167.
- EDDY, Katherine. On revaluing the currency of human rights. **Politics, Philosophy, Economics**. Vol. 6, n. 3, out/2007, p. 307-328.
- ELSTER, John. **Local justice: how institutions allocate scarce goods and necessary burdens**. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.
- ELSTER, Jon; HYLLAND, Aanund (eds.). **Foundations of social choice theory**. Cambridge University Press, 1986.
- ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- ENDERS, Christoph. The right to have rights: the concept of human dignity in German Basic Law. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, n. 2. UNISINOS, jan/jun 2010, p. 1-8.
- ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- ESTAY, Jose Ignacio Martinez. Valor e sentido dos direitos sociais. In: CUNHA, Paulo Ferreira da. (org.). **Direitos humanos**. Coimbra: Almedina, 2003.
- ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1996.
- FABRE, Cécile. **Social rights under the Constitution: government and the decent life**. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- FARIAS, Edilson Pereira. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1996.
- FEINBERG, Joel. Legal paternalism. **Canadian journal of Philosophy**. Vol. 1, n. 1, set/ 1971, p. 105-124. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/40230341>
- FERES, Marcos Vinício Chein. Do princípio da eficiência econômica. **Revista do IBRAC**. Vol. 08, n. 08, p. 23-46.
- FERRAJOLI, Luigi *et al.* **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

- FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. Coimbra: Arménio Amado, 1987.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão e dominação**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos: com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2009.
- FIGUEIREDO, Marcelo e PONTES FILHO, Valmir, (orgs.). **Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- FINNIS, John. **Natural law and natural rights**. 2. Ed. New York: Oxford University Press, 2011.
- FIÚZA, César. **Novo direito civil: curso completo**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- FORST, Rainer. On the concept of human dignity in social orders of justification. **Philosophy Social Criticism**, n. 9, vol. 37, nov/2011, p. 965-976.
- FORSYTH, Christopher. **Judicial review and the Constitution**. Portland: Hart Publishing, 2000.
- FRASER, Nancy. Rethinking recognition. **New Left Review**, n.3, London, maio-jun/2000, p. 107–120.
- \_\_\_\_\_. From redistribution to recognition? Dilemmas of justice in a ‘post-socialist’ age’. **New Left Review**, n. 212, jul/ago, 1995, p.68–93.
- FREDMAN, Sandra. Transformation or dilution: fundamental rights in the EU social space. **European Law Journal**. Vol. 12, No. 1, jan/2006, p. 41–60.
- FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: RT, 2005.
- FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1997.
- FREITAS, Luiz Fernando C. de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007
- FREITAS, Tiago Fidalgo de. O princípio da proibição do retrocesso social. **Estudos em homenagem ao professor doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento**. V. II. Coimbra, Coimbra Ed., 2006, p. 783-850.
- FRIED, Charles. **Right and wrong**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
- FRIEDMAN, D.; BARAK-EREZ, D. (eds.), **Human Rights in Private Law**. Oxford: Hart Publishing, 2001.
- FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and freedom: 40th anniversary edition**. Chicago: University of Chicago Press, 2002 (1962).
- GAERTNER, W. **A primer in social choice theory**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

- GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos do direito**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GARCIA, Emerson. **Conflito entre normas constitucionais**: esboço de uma teoria geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho**. Madrid, Civitas, 1996.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. 11. ed. Madrid: Civitas, 2002, v. I.
- GARCIA, Maria. **Limites da ciência**: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade. São Paulo: Editora RT, 2004.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Madri: Alianza, 2000.
- GARVIN, David A. Making the case: professional education for the world of practice. **Harvard magazine**, Vol. 106, n. 1, Sept./Oct. 2003, p. 56-107.
- GAURI, Varun; BRINKS, Daniel M. (org). **Courting social justice**: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **Derechos fundamentales y desarrollo legislativo**: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- GAY, Laurence; MAZUYER, Emmanuelle; NAZET-ALLOUCHE, Dominique (orgs.) **Les droits sociaux fondamentaux**.: entre droits nationaux et droit européen. Bruxelas: Bruylant, 2006.
- GERBER, Alan S.; PATASHNIK, Eric M. (org.). **Promoting the general welfare**: new perspectives on government performance. Washington, D.C: The Brookings Institute, 2006.
- GETHMANN, Carl F. (ed.). **Enabling social policy**. Berlin: Springer, 2006.
- GIAMBIAGI, Fábio; ALÉM, Ana Cláudia. **Finanças públicas** : teoria e prática no Brasil. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008
- GICO JUNIOR, Ivo T. Metodologia e epistemologia da análise econômica do Direito. **Economic analysis of Law review**, V. 1, n. 1, jan-jun/2010, p. 7-33.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **La dignidad de la persona**. Madrid: Editorial Civitas, 1986.
- GOMES, Alexandre T. **O Fundamento de Validade do Direito**: Kant e Kelsen. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica constitucional**: um contributo à constituição do Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2008.
- GÓMEZ, Maria Isabel G. **Derechos fundamentales y Estado social y democrático de derecho**. Madrid: Editorial Dilex, [s.d].
- GOUVEIA, Jorge B. **Manual de direito constitucional**. vol. II. Coimbra: Almedina, 2011.

- \_\_\_\_\_. **Regulação e limites dos direitos fundamentais.** Dicionário jurídico da administração pública: 2º suplemento. Lisboa: Almedina, 2001, p. 450 e ss.
- GOUVEIA, Rodrigo. **Os serviços de interesse geral em Portugal.** Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs). **Direito constitucional:** estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- \_\_\_\_\_. **A ordem econômica na Constituição de 1988:** interpretação e crítica. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- \_\_\_\_\_. **O Direito posto e o Direito pressuposto.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- \_\_\_\_\_. Mercado, Estado e Constituição. **Boletim de Ciências Econômicas XLVI,** Coimbra, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Direito, conceitos e normas jurídicas.** São Paulo: RT, 1988.
- GRECO, Marco A.; GODOI, Marciano S. de (orgs.). **Solidariedade social e tributação.** São Paulo: Dialética, 2005.
- GRIFFIN, James. **On human rights.** Oxford: Oxford University Press, 2008.
- \_\_\_\_\_. First Steps in an Account of Human Rights. **European Journal of Philosophy.** Vol. 9, n. 3, dez/ 2001, p. 306–327.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo:** estudos e pareceres. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2009.
- GROTTI, Dinorá. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988.** São Paulo: Malheiros, 2003.
- GRUNDMAN, Stefan (ed.). **Constitutional values and European contract Law.** The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2008.
- GUERRA FILHO, Willis S. **Teoria processual da Constituição.** 3. ed. São Paulo: RCS, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Processo constitucional e direitos fundamentais.** 5. ed. São Paulo: RCS, 2006.
- GUGLIELMI, Gilles J.; KOUBI, Geneviève. **Droit du service public.** 2ª ed. Paris: Montchrestien, 2007.
- GUIMARÃES, Edgar (Coord.). **Cenários do direito administrativo:** estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no Direito e na Moral:** justificação e aplicação. Introdução à edição brasileira de Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004.
- HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- \_\_\_\_\_. **El Estado constitucional.** México: Universidad Autónoma de México, 2003.
- \_\_\_\_\_. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales.** Madrid: Dykinson, 2003.



- \_\_\_\_\_. **Hermenêutica constitucional:** a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- \_\_\_\_\_. **La libertad fundamental en el Estado constitucional.** Lima: PUCP-MDC, Fondo Editorial, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. **The crisis of the European Union:** a response. Cambridge: Polity Press, 2012.
- \_\_\_\_\_. **El futuro de la naturaleza humana:** hacia una eugenesia liberal?. Barcelona: Paidós Ibérica, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Comentários à Ética do discurso.** Lisboa: Piaget, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Between facts and norms:** contributions to a discourse theory of law and democracy. Cambridge: The MIT Press, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Facticidad y validez:** sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta; 2000.
- HAMILTON, Alexander *et al.* **Os artigos federalistas.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.
- HART, H.L.A. **Law, liberty, and morality.** Stanford: Stanford University Press, 2007 (1963).
- HAUSMAN, Daniel M.; McPHERSON, Michael S. **Economic analysis, moral philosophy and public policy.** Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- HAYEK, F. A. **The constitution of liberty:** the definitive edition. Chicago: University of Chicago Press, 1960, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Law, legislation and liberty:** a new statement of the liberal principles of justice and political economy. Vol. I, II, III. London: Routledge, 1973, 1976, 1979, 1998.
- HAYEK, F.A. **The road to serfdom:** the definitive edition. Chicago: University of Chicago Press, 1944, 2007.
- HEGEL, Georg W. F. **Princípios da Filosofia do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- HESPANHA, Pedro *et al.* **Dicionário internacional da outra economia.** Coimbra: Almedina, 2009.
- HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1998.
- \_\_\_\_\_. **A força normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1991.
- \_\_\_\_\_. **Escritos de derecho constitucional.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- HIERRO, Libório L. ¿Qué derechos tenemos? **Cuadernos de filosofía del derecho.** n.23. Alicante: Doxa, 2000.
- HINMAN, Lawrence M. **Ethics:** a pluralistic approach to moral theory. 4. Ed. Bolmont: Thompson Wadsworth, 2007.
- HOBBS, Thomas. **O Leviatã.** 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1651, 2008.

HOBBSBAWM, Eric. **A era das Revoluções**: Europa 1789-1848. 21 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

\_\_\_\_\_. **A era dos extremos**: o breve século XX. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. La división de poderes como principio de ordenamiento. **Anuario de derecho constitucional latinoamericano**. v. 13, n. 1, p. 211–225

HOHFELD, Wesley Newcomb. **Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning**. New Haven: Yale University Press, 2000.

HOLCMAN, R. (org.). **La protection sociale** : principes, modèles, nouveaux défis. Paris: La Documentation Française, 1997.

HOLLENSTEINER, Stephan (coord.). **Estado e sociedade civil no processo de reformas no Brasil e na Alemanha**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: Norton, 1999.

HONNETH, Axel. Recognition or redistribution?: changing perspectives on the moral order of society. **Theory, Culture & Society**, n.18, jun/2001, p.43–55.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo Direito**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2004.

IRWIN, Terence. **The development of ethics**: a historical and critical study. Vol. III. New York: Oxford University Press, 2009.

JELLINEK, Georg. **Sistema dei diritti pubblici subbiettivi**. Milão : Società Editrice Libreria. 1912.

JOERGES, Christian (ed.) **Darker legacies of law in Europe**: the shadow of national socialism and fascism over Europe and its legal traditions. Hart Publishing, 2003.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**: concretizando a democracia e os direitos fundamentais sociais. Salvador: Juspodivm, 2009.

JORION, Benoît. La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif. **Revue du droit public**. Paris: LGDJ, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**: introdução de Pedro Galvão. Lisboa: Edições 70, 2009.

\_\_\_\_\_. **A metafísica dos costumes**. 2. ed. Bauru: Edipro, 2008.

KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. **Fairness versus Welfare**. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

KATEB, George. **Human dignity**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

KATZ, Alfred. **Staatstrecht**: Grundkurs im öffentlichen Recht. Berlin: C. F. Müller 2007.

KELBERT, Fabiana Okchestein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do Direito e do Estado**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

KENDE, Mark S. **Constitutional rights in two worlds: South Africa and the United States**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

KOCH, Ida Elisabeth. The justiciability of indivisible rights. **Nordic Journal of International Law** n, 72, 2003, p. 3-39 Disponível em: <http://heinonline.org>

KOLM, Serge-Christophe. **Macrojustice: the political economy of fairness**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russel A. **The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. 3 ed. Durham, Duke University Press, 2012.

KORTMANN, Constantijn; PRAKKE, Lucas.(ed) **Constitutional law of 15 EU member States**. Deventer, Holanda: Kluwer Legal Publishers, 2004.

KOUTNATZIS, Stylianos-Ioannis G. Social rights as a constitutional compromise: lessons from comparative experience. **Columbia Journal of Transnational Law**. Vol. 44, 2005, p. 74-133.

KRAMER, Daniel C. **The price of rights: the courts, government largesse and fundamental liberties**. New York: Peter Lang, 2004.

KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

\_\_\_\_\_. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo W. (org.) **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

\_\_\_\_\_. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**, n. 144. Brasília: Senado Federal, out./dez. 1999, p.239-260.

KRETZMER, D.; KLEIN, E. **The concept of human dignity in human rights discourse**. The Hague: Kluwer Law International, 2002.

KYMILICKA, Will. **Contemporary political philosophy: an introduction**. 2. Ed. Oxford: Oxford University Press, 2001.

LA SPINA, Antonio. La protezione sociale. In: CASSESE, Sabino (org.). **Trattato di diritto amministrativo: diritto amministrativo speciale**. 2ª ed. Tomo I. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003, p. 823-890.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannan Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

- LANDA, César. Dignidad de la persona humana. **Cuestiones Constitucionales**. México: UNAM. Núm. 7, jul/dez 2002, P. 109- 138.
- LANG, Joachim; TIPKE, Klaus. **Direito tributário** (*Steuerrecht*). Vol. I. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 2008.
- LANGFORD, Malcolm (ed.). **Social rights jurisprudence**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Belo Horizonte: Líder, 2001.
- LAYARD, Richard; GLAISTER, Stephen. **Cost-benefit analysis**. 2. Ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- LEAL, Rogério Gesta. **Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios**. Brasília : ENFAM, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- LEDUR, José Felipe. **A realização do direito ao trabalho**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.
- LEITE, George Salomão. **Interpretação constitucional e tópica jurídica**, São Paulo : Juarez de Oliveira, 2002.
- LEITE, George Salomão (org.). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo W. (coords.). **Direitos fundamentais e Estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho**. São Paulo: RT; Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- LEIVAS, Paulo G. C. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- LEVINE, David P. **Welfare, right and the State: a framework for thinking**. New York: Routledge, 2008.
- LIMA, Fernando A.P. de; VARELA, João de M. A. **Noções fundamentais de direito civil**. 4. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1957.
- LIMA, George Marmelstein. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.
- LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto *et al* (Org.). **Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

LINHARES, José Manuel Aroso. Jurisprudencialismo: uma resposta possível em tempo(s) de pluralidade e de diferença? In: GAUDÊNCIO, Ana Margarida S. *et al.* **Teoria do Direito: Direito interrogado hoje; o jurisprudencialismo: uma resposta possível?** Salvador: Juspodivm, 2012, cap. III.

LINOTTE, D.; ROMI, Raphaël. **Services publics et droit public économique**. 5. ed. Paris: Litec, 2003.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

LOMASKY, Loren E. **Persons, rights and the moral community**. Oxford: Oxford University Press, 1987.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

LOPES, Simone A. O movimento de Direito e Economia. **Revista de Doutrina da 4ª Região**. n. 40. Porto Alegre, fev/2011.

LOUREIRO, João Carlos Gonçalves. O Direito à Identidade Genética do Ser Humano. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 263-389.

LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MACHADO NETO, A. L. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1975.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes; 2006.

MACCORMICK, Neil *et al* (ed.) **Interpreting precedents: a comparative study**. London: Dartmouth, 1997

MACINTYRE, Alasdair. **After virtue: a study in moral theory**. 3. ed. Notre Dame: UNDP, 2007, p. 220.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição**. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MAHLMANN, Matthias. Human dignity and the culture of republicanism. **German law journal**. Vol. 11. n. 1, 2009, p. 10-32.

MALPAS, Jeff; LICKISS, Norelle (eds.). **Perspectives on human dignity: a conversation**. Dordrech: Springer, 2007.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 22º ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. São Paulo: Thomson, 2007.

MARCILIO, Carlos Flávio V. O custo dos direitos e a concretização dos direitos sociais. **Revista de direito constitucional e internacional**, v. 17, n. 66, , jan./mar, 2009, p. 155-169.

MARCUSE, Herbert. **Razão e revolução: Hegel e o advento da teoria social**. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

MARINONI, Luiz G. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paul: RT, 2012.

\_\_\_\_\_. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. V. 1: 6. ed. São Paulo: RT, 2012.

MARITAIN, Jacques. **Os direitos do homem e a lei natural**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1967.

MARKESINIS, Sir Basil; FEDTKE, Jörg. **Judicial recourse to Foreign Law: A new source of inspiration?** New York: Routledge, 2006.

- MARTINEZ, Miguel Angel Alegre. **La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español**. León: Universidad de León, 1996.
- MARTINEZ-PUJALTE, Antonio Luis. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**, Madri: Centro de estudios constitucionales, 1997.
- MARTINS, Leonardo. Do vínculo do Poder Judiciário aos direitos fundamentais e suas implicações práticas. **Revista da Escola Paulista de Magistratura**. Ano V, nº 2, 2004, p. 89-127.
- MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais: conceito, função e tipos**. São Paulo: RT, 2003.
- MARQUES, Francisco Paes. **As relações jurídicas administrativas multipolares: contributo para sua compreensão substantiva**. Coimbra: Almedina, 2011.
- MARTEL, Letícia de Campos Velho (org.). **Estudos contemporâneos de direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais: conceito, função e tipos**. São Paulo: RT, 2003.
- MASTRODI, Josué. Sobre o real fundamento dos direitos fundamentais. **Revista Digital de Direito Público**, vol. 1, n. 1, São Paulo: USP, 2012, p. 150-187.
- MATOS, André Salgado de. **O direito ao ensino na Constituição de 1976: contributo para a compreensão da figura das garantias institucionais**. Dissertação de mestrado. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, 2004.
- MATHIS, Klaus. **Efficiency instead of justice? searching for the philosophical foundations of the Economic Analysis of Law**. Dordrech: Springer, 2009.
- MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos estudos CEBRAP**, nº 58, nov/2000. São Paulo: Ed. Brasileira de Ciências, p.183-202
- MAYER, Otto. **Le droit administratif allemande**. Paris, Giard-Briére, 1906.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- McCAIN, Roger A. **Game theory and public policy**. Northhampton: Elgar, 2009.
- McCRUDDEN, Christopher. Human dignity and judicial interpretation of human rights. **European journal of international law**, 19 (4), 2008, p. 655-724.
- MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MEDEIROS, Rui. O Estado de direitos fundamentais português: alcance, limites e desafios. In **Anuário português de direito constitucional**, Vol.II. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 23-43.
- MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: Juspodivm, 2008.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

- MENDES, Gilmar F.; VALE, André R. do. A influência do pensamento de Peter Häberle no STF. **Revista Consultor Jurídico**, abril/2009. Disponível em: [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)
- MENDES, Gilmar F. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- \_\_\_\_\_. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Anuario iberoamericano de justicia constitucional**, n. 8. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.
- MENDES, João de Castro. **Direito comparado**. Lisboa: AAFDL, 1982.
- MENEZES CORDEIRO, Antonio *et al.* (org.). Estudos **em homenagem ao professor doutor Inocêncio Galvão Telles**. Vol. V, Coimbra: Almedina, 2003.
- MENKE, Christoph. De la dignité de l'homme à la dignité humaine : le sujet des droits de l'homme. **Trivium**, 3–2009. Disponível em: <http://trivium.revues.org/index3303.htm>.
- MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven. G. **Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism**. Princeton: Princeton University Press, 2006.
- MEYER, Michael J.; PARENT, William A. (ed). **The constitution of rights, human dignity and american values**. New York: Cornell University Press, 1992.
- MICELI, Thomas J. **Economic approach to Law**. Stanford: Stanford University Press, 2004.
- MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. 2. ed. Clássicos do Pensamento Político; v. 22. Petrópolis, RJ: Vozes, 1991.
- MIRANDA, Jorge (Org.). **Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976**, vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- MIRANDA, Jorge. Os novos paradigmas do Estado Social. **Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro**. V. 2, n. 4, jul./dez. 2012, p. 8-25.
- \_\_\_\_\_. Sobre o direito constitucional comparado. **Revista de direito constitucional e internacional**, n. 55, abril/jun, 2006, p. 243-260.
- \_\_\_\_\_. **Manual de direito constitucional**. Tomo I. Preliminares. O Estado e os sistemas constitucionais. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- \_\_\_\_\_. O homem e o Estado: direitos do homem e democracia. **Interesse Público**, n. 1. 1999, p. 79-84.
- MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio M. da (Coords.). **Tratado Luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- MIRANDOLA, Giovanni Pico della **Discurso sobre a dignidade do homem**. Campo Grande: Uniderp, 1999.

- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: parte geral**. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MANTOUVALOU, Virginia. The case for social rights. **Georgetown Public Law research paper** n. 10-18, abr/2010. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1588220>
- MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de direito constitucional**. Tomo I. 2 ed. Coimbra: Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- \_\_\_\_\_. Fiscalização da constitucionalidade e garantia dos direitos fundamentais: apontamento sobre os passos de uma evolução subjetivista. In: MENEZES CORDEIRO, Antonio *et al.* (org.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles**. Vol. V, Coimbra, Almedina, 2002, p. 85-113.
- MORAIS, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 1999.
- MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de droit administratif**. 8. ed. Paris: Montchrestien, 2003.
- MOREIRA, Isabel. **A solução dos direitos: liberdade e garantias e dos direitos econômicos, sociais e culturais na Constituição Portuguesa**. Coimbra: Almedina, 2007.
- MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- MOTA PINTO, Paulo Cardoso Correia. A proteção da vida privada e a Constituição. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, v. 76, 2000, p. 153-203.
- \_\_\_\_\_. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: Portugal-Brasil Ano 2000, **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- MOULIN, Hervé J. **Fair division and collective welfare**. Boston: Massachusetts Institute of Technology, 2003.
- MUELLER, Dennis C. **Public choice III**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Perspectives on public choice: a handbook**. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
- MÜLLER, Friederich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito**. São Paulo: RT, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- MUSSO, Enrico Spagna. **Diritto costituzionale**. 2. ed. Padova: Cedam, 1986.
- MUÑIZ, Joaquín Rodríguez-Toubes. **Principios, fines y derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2000.
- MYERSON, Roger B. Fundamentals of social choice theory. **Quartely journal of political science**. Vol. 8, n. 3, 2013, p. 305-337.



- NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**: estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.
- NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. 30ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- NOGARE, Pedro Dalle. **Humanismos e anti-humanismos**. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1981.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.
- \_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.
- \_\_\_\_\_. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.
- \_\_\_\_\_. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.
- \_\_\_\_\_. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge. **Perspectivas constitucionais**. Coimbra: Coimbra Ed., 1996, p. 263-335.
- \_\_\_\_\_. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**: do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito. Coimbra: Coimbra Ed., 1987.
- NOVELLI, Pedro A. A crítica de Hegel ao conceito de lei em Kant. **Revista eletrônica estudos hegelianos**. N. 99, dez/2008, p. 101-116. Disponível em: [www.hegelbrasil.org](http://www.hegelbrasil.org)
- NOZICK, Robert. **Invariances**: the structure of the objective world. Cambridge: Harvard University Press, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Anarchy, State and utopia**. New York: Basic Books, 1974.
- NUNES, António Jose Avelãs. O Poder Judiciário, a Constituição e os direitos fundamentais. **Fórum administrativo**, Belo Horizonte, ano 13, n.145, mar/2013, p. 9-41.
- NUNES, Luiz A. Rizzato, **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.
- NUNES JÚNIOR, Vidal S. **A cidadania social na Constituição de 1988**: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.
- NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 4 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- OKUN, Thomas. **Equality and efficiency**: the big tradeoff. Washington: Brookings Institute Press, 1975.
- OLIVEIRA, Manfredo. **Ética e sociabilidade**. São Paulo: Loyola, 1993.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Relatório anual de desenvolvimento humano (2013)**. Disponível em: [www.un.org](http://www.un.org).

ORRÚ, Romano. La giustizia costituzionale e il paradigma comparato: l'esperienza portoghese. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Vol. 47, n. 1-2, 2006, p. 279-312.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juiz. **Doxa**, n. 14, 1993, p. 169-194.

OTERO, Paulo. **Direito constitucional português: identidade constitucional**. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2010.

\_\_\_\_\_. **Instituições políticas e constitucionais**. Vol I. Coimbra: Almedina, 2007.

PANSIERI, Flávio. **Eficácia e vinculação dos direitos sociais**: reflexões a partir do direito à moradia. São Paulo: Saraiva, 2012.

PAREJO ALFONSO, Luciano. **Derecho administrativo**. Barcelona: Editorial Ariel, 2003.

PARENT, William A. Constitutional Values and Human Dignity. **The Constitution of Rights, Human Dignity and American Values**. Michael J. Meyer & William A. Parent eds., 1992.

PATTON, Herbert J. **The Categorical imperative**; a study in Kant's moral philosophy. Philadelphia: University of Pennsylvania, 1948.

PAULA, Felipe de. **A (de)limitação dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PECES-BARBA, Gregório Martínez. **La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho**. Madrid: Dykinson, 2003.

\_\_\_\_\_. Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto. **Derechos y Libertades**: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Ano 3, n.6, fev.1998, p.25. Disponível em: <http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1318>

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PÉREZ LUÑO, Antonio E. **Los derechos fundamentales**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007.

\_\_\_\_\_. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**, 8. ed. Madrid: Tecnos, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. Série IDP. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4 ed., São Paulo, Max Limonad, 2000.

\_\_\_\_\_. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

- \_\_\_\_\_. A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 47/48, jan.-dez. 1997.
- PLATÃO. **A República**. São Paulo: Nova Cultural, 1997.
- POGGE, Thomas. **World poverty and human rights**: cosmopolitan responsibilities and reforms. Cambridge: Polity Press, 2002.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco C. **Tratado de direito privado**. Tomo V. São Paulo: Bookseller, 2004.
- POPPER, Karl R. **The open society and its enemies**. London: Routledge Classics, 2011.
- PORT, Otávio Henrique M. **Os direitos sociais e econômicos**. São Paulo: RCS Editora, 2005.
- POSNER, Richard. **Economics analysis of law**. 7. ed. Aspen Publishers, 2007
- \_\_\_\_\_. Law and economics in common-law, civil-law and developing nations. **Ratio Juris**, v. 17, n. 1, mar/2004, p. 66-79.
- \_\_\_\_\_. **Law, pragmatism, and democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003.
- \_\_\_\_\_. The costs of enforcing legal rights. **East European Constitutional Review**, n. 4, verão/1995, p. 71-83.
- \_\_\_\_\_. **The problems of Jurisprudence**. Cambridge: Harvard University Press, 1993.
- \_\_\_\_\_. **The economics of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1983.
- PRATA, Ana. **Dicionário jurídico**. Vol. I. 5. Ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- PULIDO, Carlos Bernal. **El principio da proporcionalidad y los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2003.
- QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.
- \_\_\_\_\_. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais**: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.
- \_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais**: teoria geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.
- RABKIN, Jeremy. What can we learn about human dignity from international law. **Harvard Journal of Law & Public Policy**, Vol. 27, N. 1, set/2003.
- RAO, Neomi, Three concepts of dignity in Constitutional Law. **Notre Dame Law Review**, Vol. 86, No. 1, maio/2011, p. 183-271.
- \_\_\_\_\_. On the use and abuse of dignity in Constitutional Law. **Columbia Journal of European Law**, Vol. 14, No. 2, 2008, p. 201-256.
- RAO, Vicente. **O Direito e a vida dos direitos**. 6. ed. São Paulo: RT, 2005.
- RASKIN, Jamin B. **Overruling democracy**: the Supreme Court vs. the american people. New York : Routledge, 2003.

RAUTENBACH, Christa; PLESSIS, Lourens Du. In the name of comparative constitutional jurisprudence: the consideration of German precedents by South African Constitutional Court judges. **German Law Journal**, vol. 4, n. 8, ago/2013, p. 1539 – 1578.

RAWLS, John. **Justiça como equidade**: uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **Liberalismo político**. São Paulo: Ática, 2000.

\_\_\_\_\_. **Justiça e democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

RAZ, Joseph. Free expression and personal identification. **Oxford Journal of Legal Studies**. n. 11, 1991, p. 303-324.

\_\_\_\_\_. **The morality of freedom**. Oxford: Oxford University Press, 1986.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dário. **História da filosofia**: Patrística e Escolástica. 2 ed. Vol. II. São Paulo: Paulus, 2005.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **Filosofia do Direito**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

REIMANN, Mathias; ZIMMEMANN, Reinhard (org.). **The Oxford handbook of comparative law**. Oxford: Oxford University Press, 2006.

REIS, Ricardo. The Portuguese slump-crash and the Euro-crisis. **Columbia University Brookings papers on economic activity**, spring, 2013. Disponível em: <http://www.brookings.edu>

RENAUD, Michel. A dignidade do ser humano como fundamentação ética dos direitos do homem. **Brotéria. Cultura e Informação**. - Vol. 148, nº. 2 (Fev. 1999), p. 135-154.

ROCHA, Carmen Lúcia A. O mínimo existencial e a reserva do possível. **Revista latino-americana de estudos constitucionais**. N. 5. Belo Horizonte: Del-Rey, jan-jun/2005, p. 439-461.

\_\_\_\_\_. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista Interesse Público**. n. 4. São Paulo: Notadez, out./dez. 1999.

\_\_\_\_\_. O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. **Revista do CEJ do Conselho da Justiça Federal**, vol. 1, n. 1, 1997, p. 76-91.

\_\_\_\_\_. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**: parte geral. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Vasco. **Análise económica do direito**. Coimbra: Almedina, 2007.

RODRIGUEZ-ARMAS, Magdalena Lorenzo. **Analisis del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Granada: Editorial Comares, 1996.

ROSENBLUM, Nancy L. (ed). **Liberalism and the moral life**. Cambridge: Harvard University Press, 1989.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

- ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Bauru: EDIPRO, 2000.
- ROUSSEAU, Dominique. **Les libertes individuelles et la dignité de la personne**. Paris: Montchrestien, 1998.
- ROSSEAU, J.J. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**, 1775. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000053.pdf>
- SADER, E; GENTILI, P (org.). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro. **Elementos de derecho constitucional**. Tomo 1. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2001.
- SAHD, Luiz F. N. de A. e Silva. O contrato social em Samuel Pufendorf. **Revista Aurora de Filosofia**. Curitiba, v. 21, n. 28, jan./jun. 2009, p. 143-163.
- SALAMA, Bruno Meyerhof . O que é pesquisa em Direito e Economia? **Caderno Direito GV**, Número 22 - mar/2008.
- SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- SANDEL, Michael J. **What money can't buy: the moral limits of markets**. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2012.
- \_\_\_\_\_. **Justice: what's the right thing to do?** New York: Penguin Books, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Public Philosophy: essay on morality in politics**. Cambridge: Harvard Univ. Press, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Liberalism and the limits of justice**. 2. Ed. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 1998.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática: A crítica da razão indolente contra o desperdício da experiência**. v. 1. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2005
- \_\_\_\_\_. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2000.
- \_\_\_\_\_. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista crítica de ciências sociais**, n. 48, 1997.
- SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: uma análise do inciso III do art. 1º da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Celso Bastos Editor – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.
- SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgangf (org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SARLET, Ingo W. *et al.* **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: RT, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Revista Jurídica**. Porto Alegre: Notadez, n. 352, fev/2007, p. 45-94.

\_\_\_\_\_. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Vol. LXXXII. Coimbra: Coimbra ed., 2006, p. 239-290.

\_\_\_\_\_. **A Constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coord.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (org.). **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARMENTO, Daniel (Org.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional. São Paulo: Lúmen Juris, 2006

\_\_\_\_\_. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2002.

SCAFF, Fernando F . Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. **Revista dialética de direito tributário**, v. 51, 2007, p. 79-99.

SCANLON, Thomas M. **The difficulty of tolerance**: essays in political philosophy. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

SCHÄFER, Jairo G. (org.) **Temas polêmicos do constitucionalismo contemporâneo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais**: proteção e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

- SCHLEIERMACHER, Friedrich D.E. **Hermenêutica: arte e técnica da interpretação**. Petrópolis: Vozes, 1999.
- SCHMITT, Carl. **Teoria de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1984.
- SCHWAB, Jürgen. **Cinqüenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.
- SECONDANT, Charles-Louis de, Barão de Montesquieu. **Espírito das leis**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1996.
- SEDGWICK, Sally, S. Hegel's critique of the subjective idealism of Kant's Ethics. **Journal of the History of Philosophy** n. 26:1. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, Jan/1988, P. 89-105.
- SEN, Amartya. **The idea of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- \_\_\_\_\_. Elements of a theory of human rights. **Philosophy & Public Affairs** 32, n. 4, 2004. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/3557992>
- \_\_\_\_\_. **Desenvolvimento como liberdade**. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- \_\_\_\_\_. **On economic equality**. Oxford: Oxford University Press, 1997.
- \_\_\_\_\_. **Inequality reexamined**. Cambridge: Harvard University Press, 1992.
- SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos**. Vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.
- SHAPIRO, Daniel. **Is the Welfare State justified?** Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- SHUE, Henry. **Basic Rights: subsistence, affluence, and U.S. foreign policy** 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 1996.
- SILVA, Jorge Pereira da. Direitos sociais e reforma do Estado-Providência. **Nova Cidadania**, n. 12, abr./jun, 2002.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Poder constituinte e poder popular**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- \_\_\_\_\_. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 212, abr./jun. 1998, p. 89-94.
- SILVA, Vasco Pereira da. “Todos diferentes, todos iguais”: breves considerações acerca da natureza jurídica dos direitos fundamentais. **Direitos fundamentais & Justiça**. Ano 5, n. 16, jul/set, 2011, p. 23-51.
- \_\_\_\_\_. **A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura**. Coimbra, Almedina, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Verde cor de Direito: lições de direito do ambiente**. Coimbra: Almedina, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 1998
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

- \_\_\_\_\_. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, ano 91, abril/2002, p. 23-50
- SIMPSON, Matthew. **Rousseau's theory of freedom**. London: Continuum, 2006.
- SINGER, Peter. **The life you can save: acting now to end world poverty**. New York: Random House, 2009.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. **A new world order**. Princeton: Princeton University Press, 2004.
- SMITS, Jan M. (Ed.). **Elgar encyclopedia of comparative law**. Northampton: Elgar, 2006.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de. **Constituição da República Portuguesa comentada**. Lisboa: Lex, 2000.
- SOUSA, Marcelo R.; MATOS, André S. **Direito administrativo geral: introdução e princípios fundamentais**. Tomo I. 2. ed. Lisboa: Dom Quixote, 2006.
- SOUZA, Roberta B. de. Aproximações entre os conceitos de segunda natureza em Hegel e Pascal. **Polymatheia: Revista de Filosofia**. Vol. IV, n. 5. Fortaleza: Ed. Universidade Estadual do Ceará, 2008.
- STEIN, Ekkehart. **Derecho Político**. Madrid: Aguilar, 1973.
- STEVENS, Robert. **Law School: legal education in America from the 1850s to the 1950s**. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 1987.
- STIGLITZ, Joseph E. **The price of inequality: how today's divided society endangers our future**. New York/London: W.W. Norton & Company, 2012.
- STRECK, Lênio L. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- \_\_\_\_\_. A concretização de direitos e a validade da tese da constituição dirigente em países de modernidade tardia. In: NUNES, Antônio José A.; COUTINHO, Jacinto Nelson de M. (org.). **Diálogos constitucionais: Brasil-Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 301-37.
- SUNSTEIN, Cass R. The Storrs lectures: behavioral Economics and paternalism. **Yale Law journal**. Forthcoming, nov/2012. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2182619>
- \_\_\_\_\_. **The second Bill of Rights: FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever**. Reprint edition. New York: Basic Books, 2006.
- \_\_\_\_\_. Why does the american Constitution lack social and economic guarantees? In: IGNATIEFF, Michael (Ed.). **American exceptionalism and human rights**. Princeton: Princeton University Press, 2005, p. 90-110.
- \_\_\_\_\_. **Designing democracy: what Constitutions do**. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. **Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness**. New Haven: Yale University Press, 2008.
- TÁCITO, Caio. Proteção dos direitos fundamentais. **Revista de direito administrativo**. n. 242. Rio de Janeiro: out./dez. 2005.



- \_\_\_\_\_. Conceito de serviço público. **Temas de direito público**: estudos e pareceres. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- TAYLOR, Charles *et al.* **Multiculturalism**: examining the politics of recognition. Princeton: Princeton University Press, 1994.
- TAYLOR, Charles. **Reconciling the solitudes**: essays on Canadian federalism and nationalism. Quebec: McGill-Queen's University Press, 1993.
- \_\_\_\_\_. **Philosophy and the human sciences**: philosophical papers 2, Cambridge: Cambridge University Press, 1985.
- TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito & economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1-46.
- \_\_\_\_\_. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, n. 177, jul-set. 1989, p. 29-49.
- TORRES, Sílvia F. Direitos prestacionais, reserva do possível e ponderação: breves considerações críticas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (org.). **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 769-792.
- TRIBE, Laurence; DORF, Michael. **Hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights**: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law. Princeton: Princeton University Press, 2008.
- VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, humanismo e democracia**. São Paulo: Malheiros, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Teoria da norma jurídica**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- VAZ, Manoel Afonso. **Lei e reserva da lei**: a causa da lei na constituição portuguesa de 1976. Porto: Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 1992.
- VELJANOVSKI, Cento. **The economics of law**. 2. ed. London: The Institute of Economic Affairs, 2006.
- VIDAL, Jânio Nunes. **Elementos da teoria constitucional contemporânea**: estudos sobre as constantes tensões entre política e jurisdição. Salvador: Juspodivm, 2009.
- VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Brasília: Ministério da Justiça /EdUNB, 1979.
- VILLEY, Michel. **Le droit et les droits de l'homme**. Paris: PUF, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Seize essays de philosophie du Droit**. Paris: Dalloz, 1969.
- VILHENA, Oscar V. **Direitos fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006.
- WALDRON, Jeremy (ed.). **Theories of rights**. Oxford: Oxford University Press, 1984.

- WALDRON, Jeremy. Is dignity the foundation of human rights? **Public Law Research Paper** N. 12-73. NYU School of Law, jan/2013. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2196074>
- \_\_\_\_\_. **Dignity, rank and rights**. New York: Oxford University Press, 2012.
- \_\_\_\_\_. A essência da oposição ao judicial review. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (orgs.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Liberal rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 1993
- WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 4, jul/dez, 2008, p. 539-568.
- WEBER, Max. **História geral da economia**. São Paulo: Centauro, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Economy and society: an outline of interpretative sociology**. Berkeley: University of California Press, 1968
- WEBER, Thadeu. **Ética e Filosofia Política: Hegel e o formalismo kantiano**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.
- \_\_\_\_\_. Hegel: liberdade, Estado e história. **Veritas**, v. 38, nº 149, mar. 1993
- WHITMAN, James Q. The two Western cultures of privacy: dignity versus liberty. **Yale Law Journal**, Vol. 113, jan/2004, p. 1151-1165.
- WIITE, Floris de. EU Law, politics, and the social question. **German Law journal**, vol. 14, n 5, 2013, p. 581-612.
- WITTGENSTEIN, L. **Philosophical investigations**. 3. ed. Oxford: Blackwell, 2001.
- YAARI, M. E.; BAR-HILLEL, M. On dividing justly. **Social choice and welfare**, n. 1, 1984, p. 1-24.
- ZACCARIA, Giuseppe. **Razón jurídica e interpretación**. Madrid: Civitas, 2004.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho dúctil: ley, derechos y justicia**. Madrid: Trotta, 1995.
- ZALTA, Edward N. (ed). **The Stanford encyclopedia of philosophy**. Disponível em: <http://plato.stanford.edu>.
- ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1997.
- ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Orgs). **Direito & economia**. Rio de Janeiro: Campus, 2005.